

Franklyn Roger Alves Silva

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Rio de Janeiro

2006

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Trabalho elaborado para o III Concurso de Monografia realizado pelo Museu da Justiça em comemoração ao centenário de nascimento do Ministro José de Aguiar Dias

Rio de Janeiro

2006

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Trabalho elaborado para o III Concurso de Monografia realizado pelo Museu da Justiça em comemoração ao centenário de nascimento do Ministro José de Aguiar Dias

Avaliado em

BANCA EXAMINADORA

Dedico este trabalho a Raquel e a meu Pai, por acreditarem no meu esforço profissional e pelo incansável apoio e admiração em todos os momentos de minha vida acadêmica e afetiva.

“Não conheço outro ofício que exija, de quem o exerce, mais que o do juiz, um forte senso de viril dignidade, aquele senso que impõe buscar na sua consciência, mais que nas ordens alheias, a justificação do seu modo de agir, e de rosto descoberto assumir plenamente a responsabilidade por ele.

A independência dos juízes, isto é, aquele princípio institucional pelo qual, no momento em que julgam, eles devem sentir-se desvinculados de toda e qualquer subordinação hierárquica, é um duro privilégio que impõe a quem o desfruta a coragem de ficar a sós consigo mesmo, frente e frente, sem se esconder atrás do cômodo biombo da ordem do superior.

Por isso, o caráter colegiado, que se costuma considerar como garantia de justiça para os réus, talvez tenha sido concebido, antes de mais nada, para conforto dos juízes, para lhes dar um pouco de companhia na solidão da sua independência.”

(Piero Calamandrei)

RESUMO

Aborda aspectos da responsabilidade civil nas relações de consumo. Analisa o conceito de responsabilidade civil, em especial sob a ótica do Professor José de Aguiar Dias. Observa os elementos configuradores da Responsabilidade Civil, através de uma breve análise da teoria geral. Examina a configuração das relações do consumo a partir da legislação brasileira. Apresenta os critérios adotados pelo Código de Defesa do Consumidor para a configuração da responsabilidade dos fornecedores, além de observar os critérios de arbitramento das indenizações. Confronta os diferentes posicionamentos dos doutrinadores acerca do tema, em especial nas lides consumeristas, com base na doutrina jurídica. Conclui que a responsabilidade civil nas relações de consumo envolve uma gama de situações jurídicas a serem enfrentadas pelos órgãos do Poder Judiciário e que merece um maior tecnicismo dos magistrados para a compreensão do espírito da Lei nº 8.078/90.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Relação de Consumo. Direito Civil. Direito do Consumidor

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	- Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
art.	- Artigo
CC	- Código Civil
CDC	- Código de Defesa do Consumidor
CF	- Constituição Federal
CPC	- Código de Processo Civil
EC	- Emenda Constitucional
LICC	- Lei de Introdução ao Código Civil
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
STF	- Supremo Tribunal Federal
TJERJ	- Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	08
2	TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL	13
2.1	DUALIDADES NO SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL .	17
2.2	ELEMENTOS CONFIGURADORES	22
3	AS RELAÇÕES DE CONSUMO E O ORDENAMENTO JURÍDICO	26
3.1	A CARACTERIZAÇÃO DOS CONSUMIDORES E FORNECEDORES – AS TRÊS CORRENTES DISSIDENTES	30
3.2	CONTEÚDO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – PRINCÍPIOS AFINS	37
3.3	APLICABILIDADE DA NORMA CONSUMERISTA – A PROBLEMÁTICA DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E DAS RELAÇÕES DE TRABALHO	42
3.4	A DISTINÇÃO ENTRE O FATO E O VÍCIO DO PRODUTO E DO SERVIÇO – VICISSITUDES	44
3.4.1	RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO	46
3.4.2	RESPONSABILIDADE CIVIL PELO VÍCIO	52
3.4.2.1	RESPONSABILIDADE CIVIL NOS SERVIÇOS PÚBLICOS	59
3.4.3	EXCEÇÕES AO SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL – OS PROFISSIONAIS LIBERAIS	63
3.4.4	OS CONTRATOS DE TRANSPORTE E O DEVER DE INDENIZAR – AUTÊNTICA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS	67
4	A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA REPARAÇÃO DOS DANOS	72
4.1	ARBITRAMENTO DAS INDENIZAÇÕES – O EMPENHO DOS MAGISTRADOS	77
4.2	INSTRUMENTOS APTOS À GARANTIA DA EFETIVIDADE DO PROCESSO JUDICIAL – A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	79
5	CONCLUSÃO	85
	REFERÊNCIAS	89

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo busca apresentar o instituto da responsabilidade civil à luz do direito do consumidor, sem a pretensão, é claro, de esgotar o tema, apresentando as hipóteses de responsabilização dos fornecedores, meios para a reparação dos danos, princípios e fundamentos que norteiam a responsabilidade civil, correntes jurídicas, critérios utilizados para o arbitramento das indenizações, considerando que a responsabilidade civil ganhou contornos notáveis com a evolução da sociedade e, principalmente, com a promulgação da Constituição de 1988 e a edição do Código Civil de 2002.

Será feita uma análise da responsabilidade civil ao longo do tempo, em especial sob a ótica do saudoso José de Aguiar Dias, apresentando o sistema dual e suas distinções, a caracterização dos vários tipos de dano, a aplicação de verbas para a indenização, o posicionamento dos doutrinadores e aplicadores do Direito quanto ao fenômeno do dano moral e sua utilização pela sociedade como meio de enriquecimento.

Neste sentido, buscamos analisar a obra original do Professor Aguiar Dias, relativa à 9ª edição e a atual obra – 11ª edição, revisada por seu filho, o Professor Rui Berford Dias, tendo em vista que o conteúdo relativo à responsabilidade civil nas relações de consumo, foi por este ampliado, mas à luz das lições de seu pai, falecido no ano de 1996.

O ilustre mestre Aguiar Dias, insigne autoridade em matéria de responsabilidade civil, nasceu em Baependi – MG, bacharelando-se em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais e, exercendo a advocacia em Belo Horizonte – MG, além de atuar como Jornalista, dirigindo o *Correio Mineiro*. Foi Juiz de Direito em diversas Varas, mas uma de suas grandes conquistas se deu em 15/6/1962, quando tomou posse no cargo Ministro do extinto Tribunal Federal de Recursos, atual Superior Tribunal de Justiça.

Não se pode negar que o Prof. Aguiar Dias trouxe uma enorme contribuição ao estudo da responsabilidade civil, ao nos agraciar com sua renomada obra “Da Responsabilidade Civil”, que como ressalta Ênio Santarelli Zuliani¹: “*surgiu da*

¹ ZULIANI, Ênio Santarelli. Aguiar Dias e a evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro. In: LEITE, Eduardo Oliveira (Org.). **Grandes temas da atualidade – responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 6. p. 203. p. 199.

preparação que Aguiar Dias fez para concorrer ao cargo de Juiz, no Distrito Federal”, no ano de 1944.

Ademais, denota-se que a qualidade técnica de sua obra não só é corroborada pelas atividades profissionais aqui destacadas, mas também pelo fato de ter sido Professor das Faculdades de Direito das Universidades do Estado da Guanabara, Gama Filho e Cândido Mendes.

A importância de Aguiar Dias para o ordenamento e doutrina jurídica brasileira é tamanha que, este ano diversos eventos foram realizados, em especial no Rio de Janeiro, por meio do Museu da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que prestou homenagem ao centenário do nascimento do saudoso civilista.

As homenagens também foram realizadas pelos doutrinadores, em especial Nagib Slaibi Filho e Sergio Couto², que desenvolveram obra com estudos sobre variados temas de responsabilidade civil e, principalmente, diversos depoimentos de autoridades que conheceram José de Aguiar Dias ou puderam ter acesso as suas valiosas lições.

Como já dito, não apenas a obra “Da responsabilidade Civil”, mas também seu outro trabalho, “Cláusula de Não Indenizar”, são referências em âmbito acadêmico e serviram de base para o que se entende sobre responsabilidade civil atualmente. Tanto é verdade que o Prof. Eduardo de Oliveira Leite³, ao dedicar a obra por ele organizada em comemoração ao centenário de Aguiar Dias, reconhece a dimensão do trabalho desenvolvido pelo saudoso doutrinador ao esmiuçar e sistematizar o sistema de responsabilidade civil à luz do ordenamento jurídico pátrio e do Direito comparado, através da análise dos posicionamentos de diversos doutrinadores alienígenas, como vemos das afirmações ora transcritas:

À genialidade, à originalidade e à sensibilidade de José de Aguiar Dias devemos a abertura de uma senda nem sempre muito fácil de trilhar em terreno repleto de questionamentos, dúvidas e vacilações. Ninguém melhor do que ele entende, com a natural grandeza de intelecto que lhe era peculiar, a extraordinária dimensão da responsabilidade civil, não como fenômeno da vida jurídica, mas antes como fenômeno que se liga a todos os domínios da vida social.

² COUTO, Sergio; SLAIBI FILHO, Nagib. **Responsabilidade civil – estudos e depoimentos no centenário de nascimento de José de Aguiar Dias**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

³ LEITE, Eduardo Oliveira (Org.). **Grandes temas da atualidade – responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 6. p. VII.

Desse modo, ao tratarmos do tema ora proposto, dividiremos esta produção em três grandes blocos, o primeiro relativo ao estudo da teoria geral da responsabilidade civil, que compreenderá o exame de suas dualidades e pressupostos configuradores. No segundo bloco nos dedicaremos à análise do sistema instituído pelo CDC e suas principais particularidades. Por fim, a última seção desta monografia se direcionará ao estudo do dano, talvez o principal aspecto da responsabilidade civil, e a análise da jurisprudência pátria acerca dos temas que guardam relação com o objeto de estudo.

Buscaremos então, através da presente produção científica, analisar as particularidades das relações de consumo à luz da Lei nº 8.078/90, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, norma de ordem pública e de interesse social, como estatuído em seu art. 1º, protetiva das partes hipossuficientes das relações consumeristas.

Diga-se de passagem, alguns doutrinadores, como José Gabriel Assis de Almeida, criticam a imprópria designação Código de Proteção e Defesa do Consumidor, uma vez que a lei consumerista não estabelece apenas direitos ao consumidor, pois também lhe são impostas obrigações, a exemplo do prazo decadencial para a reclamação de vícios dos produtos.

Ao tratar da matéria consumerista, deve o leitor se perquirir sobre qual o papel por ela desempenhado no ordenamento jurídico. Essa indagação será de grande valia, pois permitirá uma melhor compreensão do microsistema instituído pelo legislador através do CDC. Desse modo, o exame da responsabilidade civil decorrente do fato e do vício do produto e serviço, a responsabilidade civil dos entes públicos em decorrência da prestação de serviços serão alvo de nossas ponderações.

É comum que se faça, a título didático, a divisão das normas a partir de critérios objetivos relacionados aos seus campos de aplicação. Para a Prof. Heloisa Carpena, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor pode ser dividido em 3 grandes áreas, a primeira compreendendo a responsabilidade civil do fornecedor, uma segunda abordando a matéria relativa à proteção contratual sob a ótica do princípio da boa fé, e a terceira e última, primando pela tutela coletiva das relações de consumo.

Dentre as diversas normas que já regulavam segmentos do mercado consumerista, devemos reconhecer que o CDC, por ser norma posterior, deverá prevalecer sobre leis anteriores, com base nos princípios mais comezinhos de solução de antinomias.

Apesar de a Lei nº 8.078/90 ter um caráter aberto, não abarcando situações específicas, mas instituindo um modelo apto a agasalhar todas as relações de caráter

consumerista, pretendemos analisar as relações mais relevantes e que tiveram grande repercussão atualmente, a exemplo das questões envolvendo as instituições financeiras e os contratos de transporte.

Mesmo porque, a análise de todas as possíveis relações de consumo envolveria um esforço hercúleo, nos obrigando a desenvolver um verdadeiro tratado, extrapolando a capacidade intelectual deste singelo autor.

Embora pretendemos, através deste humilde ensaio, apresentar a visão sistêmica da responsabilidade civil à luz da doutrina de José de Aguiar Dias, destacaremos os posicionamentos de outras autoridades, através do amplo material colhido, visando, na medida do possível, enriquecer o trabalho sem torná-lo enfadonho e reproduzidor de trechos doutrinários.

As diversas controvérsias suscitadas em âmbito acadêmico merecerão nossa atenção, por envolverem questões complexas, tais como aplicabilidade das normas consumeristas, sua vigência e eficácia e critérios de solução de antinomias entre os diversos regramentos vigentes em nosso ordenamento jurídico, as teorias que versam sobre o conceito de consumidor e a exceção à responsabilização dos profissionais liberais, dentre outros balizamentos.

E nem se argumente que o Código Civil de 2002 tenha revogado o Código de Defesa do Consumidor, por ser esta norma anterior. O novo sistema de responsabilidade civil introduzido pelo CC de 2002 apenas veio a reforçar a proteção aos consumidores.

Mais adiante, analisaremos o que se tem denominado diálogo das fontes – aplicação simultânea de duas normas heterogêneas – , mas desde já afirmamos que não houve a tão falada ab-rogação do CDC. Pelo contrário, o diploma civil apenas fortaleceu os princípios até então presentes na norma consumerista, daí o porquê de não se sustentar a eventual revogação, diante desta consolidação de princípios convergentes.

O Código Civil de 1916 e o CDC já mantinham um verdadeiro “diálogo”, considerando que a norma posterior – Lei nº 8.078/90 – revigorou a lei civil, através de seus princípios e normas adequados à nova realidade social.

Já o novo Código Civil não foi revigorado pelo CDC e nem o revigorou, mas ao trazer os princípios e comandos convergentes apenas manteve um diálogo mais brando com a norma especial anterior, opinião esta, inclusive, traduzida pelas palavras do

Prof. Sergio Cavalieri⁴, que faz questão de enaltecer o Código Civil de 2002 defendendo que ambos os diplomas possuem uma mesma linha e que, em determinados pontos, é latente o avanço do diploma civil em comparação ao CDC.

Esse entendimento é corroborado por Claudia Lima Marques quando afirma:

Como já escrevi, a revogação do CDC pelo CC/2002 como lei geral mais nova não ocorreu. A lei geral mais nova geralmente preserva as leis especiais e regula expressamente os conflitos e sua hierarquia. Note-se, em primeiro lugar, que o CC/2002, na sua versão aprovada em janeiro de 2001, não possui uma norma de revogação geral tácita, mas sim revoga expressamente o próprio Código Civil de 1916 e parte do Código Comercial de 1850, afirmando apenas: “Art. 2.045. Revogam-se a Lei 3.071, de 1.º de janeiro de 1916- Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei 556, de 25 de junho de 1850.

Quanto ao capítulo dedicado ao estudo do dano, nos debruçaremos sobre questões de ordem prática, como os critérios para arbitramento de indenizações decorrentes de eventos envolvendo matérias de natureza consumerista, bem como a análise dos instrumentos previstos no CDC aptos a garantir a efetividade da defesa das partes vulneráveis das relações de consumo.

O presente ensaio apresentará ainda, a visão dos Tribunais brasileiros sobre o tema abordado, expondo o posicionamento jurisprudencial e sumular. Observa também, a visão dos diversos doutrinadores que têm enorme importância na ordem jurídica brasileira, contribuindo para a construção e interpretação do CDC, norma que é exemplo para os ordenamentos alienígenas.

Em apertada síntese, concluímos que o sistema de responsabilidade civil instituído pelo CDC e, todo conteúdo da lei, merece o orgulho e aplausos da nação brasileira, pois demonstra o empenho intelectual de seus idealizadores e qualidade da legislação brasileira que, infelizmente, vem sofrendo uma queda nos últimos dois anos, a exemplo da Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Lei nº 11.340/06) e Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/06).

A metodologia deste trabalho consistiu em revisão da literatura e pesquisa doutrinária acerca da evolução da responsabilidade civil, além de observação do desenvolvimento legislativo e jurisprudencial brasileiro, principalmente sobre o aspecto constitucional.

⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. O novo código civil e o código do consumidor. convergências ou antinomias? **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 20, p. 100-114, v. 5. out. / dez. 2002. p. 112.

2 TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A definição da palavra “responsabilidade” tem origem no latim, do verbo *respondere*, que significa a obrigação que alguém tem de assumir com as conseqüências jurídicas de sua atividade. De Plácido e Silva⁵ define que:

A responsabilidade exprime a obrigação de responder por alguma coisa. Quer significar, assim, a obrigação de satisfazer ou executar o ato jurídico, que se tenha convencionado, ou a obrigação de satisfazer a prestação ou de cumprir o fato atribuído ou imputado à pessoa por determinação legal.

Outra definição, mais técnica, pode ser obtida através das lições de Marton, que são reproduzidas na obra de Aguiar Dias⁶. Nesse sentido, percebe-se que os ilustres tratadistas conceituam a responsabilidade como uma situação de alguém que infringe as normas vigentes no ordenamento, submetendo-se às conseqüências desgostosas provenientes dessa transgressão, impostas pela autoridade investida na função de velar pelo cumprimento dos preceitos normativos.

A responsabilidade civil tem sua origem no Direito Romano, mas podemos encontrar indícios deste instituto em civilizações pré-romanas. Contudo, a noção de responsabilidade para os povos da Antiguidade se fundava numa concepção mais vingativa, como uma reação pessoal a um mal sofrido. A Lei das XII Tábuas apresentava esses traços de vingança, tendo um pouco de influência da Lei de Talião.

Os povos antigos detinham o espírito de *vendicta*, a vingança ao mal sofrido. A responsabilidade detinha, destarte, um caráter de compensação equânime do prejuízo sofrido e, essa concepção de retaliação não foi de fácil auxílio para os estudiosos, no que concerne ao estudo do sistema jurídico da era antiga.

O Direito Romano acabou por trazer uma evolução nesse instituto, quando buscou compor os litígios, não através da pena de Talião, onde, por exemplo, o autor de um dano a um membro de uma vítima tivesse que ter seu membro danificado da mesma forma, mas através do recebimento de uma importância em dinheiro ou em bens, uma indenização.

⁵ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 1222.

⁶ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 4.

É na *Lex Aquilia* (Lei Aquília) que a responsabilidade civil sofre uma grande evolução histórica, uma vez que esta lei substituía as multas fixas, por penas proporcionais ao dano causado. Diga-se de passagem, a referida lei é de suma importância, pois passou-se a empregar a expressão aquiliana para a designação da responsabilidade civil extracontratual ou delitual.

Patrícia Ribeiro Serra Vieira⁷, relata que:

A Lex Aquilia foi a base da responsabilidade civil, não pelas matérias de que tratava, nem por seu conteúdo eminentemente jurídico, senão porque marcou o início de um trabalho distintivo entre as modalidades e/ou graus de culpa. Tal fato justifica ainda hoje a ampla referência feita à *Lex Aquilia* como estruturadora do instituto da responsabilidade civil, visto que, nela, a culpa é tida como o elemento essencial de toda a responsabilidade.

Na era moderna, com o advento da Revolução Francesa e, posteriormente a edição do próprio Código Napoleão, a responsabilidade civil ganhou novos contornos, influenciando diversas legislações pelo mundo, inclusive o Código Civil brasileiro de 1916, que incorporou a idéia de reparação do dano sofrido, elemento da responsabilidade civil aquiliana.

As legislações penais que vigoram no Brasil, a exemplo do Código Criminal de 1830, os Códigos Penais de 1890 e 1940 também influenciaram a sistemática da responsabilidade civil, como registra Aguiar Dias⁸. A falta de tecnicismo do Código de 1916 foi alvo de ponderações por Aguiar Dias, que tratou de analisar o projeto do Código de Obrigações, tecendo diversos comentários pertinentes, conforme se denota da 9ª edição⁹ de sua obra. Para nossa felicidade, o projeto que deu ensejo ao atual Código Civil foi objeto de duras críticas do ilustre civilista, como veremos a seguir.

A par dos aspectos históricos, a responsabilidade civil pode ser definida como a reparação de um prejuízo decorrente da violação de um dever jurídico. Sérgio Cavalieri¹⁰ ensina que:

⁷ VIEIRA, Patricia Ribeiro Serra. **A responsabilidade civil objetiva no direito de danos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 11.

⁸ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.* p. 33-35.

⁹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1. p. 24/28.

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2005. p. 24.

Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida.

Ao distinguir a obrigação de responsabilidade, o citado professor¹¹ afirma que:

Obrigação é sempre um deve jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. (...) Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto que na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo. Daí, a feliz imagem de Larenz ao dizer que “a responsabilidade é a sombra da obrigação”.

Como ponto de partida, temos que a responsabilidade surge com a ocorrência de um evento danoso, ocasionado por uma conduta comissiva ou omissiva, de caráter lícito ou ilícito, impondo a determinada pessoa um dever de reparação dos prejuízos experimentados, haja vista a existência de uma obrigação prevista na lei.

De fato, a responsabilidade guarda certa relação com as obrigações. Entretanto, entendemos que desde o nascimento da obrigação surge um dever preexistente, ou seja, o do cumprimento regular do vínculo jurídico estabelecido e não sucessivo, como defende o respeitável Professor Sergio Cavalieri. A inexecução da obrigação não tem como conseqüência direta a responsabilização civil, pois esta já é preexistente à gênese da obrigação.

Em reforço ao nosso argumento, Roberto Senise Lisboa¹² também advoga que:

A responsabilidade constitui, assim, uma relação obrigacional cujo objeto é o ressarcimento. Não se confunde com a obrigação originária, já que ela é invariavelmente um dever jurídico sucessivo ou suplementar decorrente da violação de outra obrigação. A responsabilidade é uma obrigação *ex lege* ou *ex voluntas* constituída por um fato, que é a violação de um dever jurídico preexistente.

¹¹ CAVALIERI FILHO, loc. cit.

¹² LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 22.

O saudoso José de Aguiar Dias¹³ ao analisar a solução unitária de Marton, apresenta raciocínio similar, pois ressalta:

Tentando novamente o que foi a ambição frustrada de Venezian, Saleilles, Josseran e outros Marton esboça, com dados tomados às doutrinas objetivas, mas completados por opulenta contribuição pessoal, o seu sistema unitário. Parte da definição de que a responsabilidade é necessariamente uma reação provocada pela infração a um dever preexistente. A obrigação preexistente é a verdadeira fonte da responsabilidade, e deriva, por sua vez, de qualquer fator social capaz de criar normas de conduta.

(...)

Estabelecido o primeiro elemento, temos o segundo, aquele intimamente ligado: é a violação do dever preexistente. Neste segundo elemento é que o estado de responsabilidade se distingue do estado simples de obrigação: “O estado de responsabilidade não é senão o estado sobrevindo em consequência da inexecução da obrigação, dando lugar à aplicação de sanções”.

O desenvolvimento do presente estudo nos permitirá perceber que a responsabilidade civil visa assegurar três vertentes, pois ao mesmo tempo em que compensa e repara os eventuais danos experimentados pela vítima, impõe seu caráter punitivo e pedagógico ao ofensor.

O Desembargador Roberto de Abreu e Silva¹⁴ em sua brilhante explanação, acompanhada da intervenção de diversas autoridades reforça o entendimento de que a responsabilidade civil passa a ter função preventiva, em especial à luz do CDC, como vemos:

A Constituição, neste passo, determinou tal proteção ao consumidor. A Lei nº 8.078/90 consubstanciou-se em seu corpo normativo o princípio da segurança. Sendo que essa proteção aos interesses jurídicos do consumidor é de natureza preventiva, razão pela qual estabeleceu-se neste quadro, uma situação nova, revelando a função preventiva da responsabilidade civil, que se torna possível de realização, com base no artigo 6º, inciso VI, da Lei nº 8.078/90, quando houver ilícito de perigo, que consiste na possibilidade ou iminência grave de lesão ou dano irreversível, a prejudicar interesses individuais, coletivos e difusos.

¹³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 118.

¹⁴ SILVA, Roberto de Abreu e. Responsabilidade civil constitucional. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 16, p. 60-72, v. 4. out. / dez. 2001. p. 63

2.1 DUALIDADES NO SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A análise do que se convencionou denominar sistema dual de responsabilidade civil, permite a diferenciação da responsabilidade em civil e penal, consistindo esta em sanção na esfera repressiva pública (delito, crime ou contravenção) diferente da civil que faz parte da esfera privada (ilícito civil).

Uma das críticas de Aguiar Dias¹⁵ ao art. 186¹⁶ do atual CC, norma elogiada por alguns doutrinadores de vanguarda, residia justamente no fato de que o ilícito civil nem sempre correspondia a ocorrência de um dano. Desse modo, a expectativa de se ver corrigida a falha do art. 159 do CC/1916, consistente na separação entre o ato ilícito e a reparação de danos, restou frustrada sob a ótica do saudoso professor.

Observe-se que a reparação representa um meio indireto de se alcançar o equilíbrio nas relações de natureza privada, obrigando o responsável a agir, ou oferecer seu patrimônio como forma de satisfazer o prejudicado. A pena, a bem da verdade, corresponde à submissão pessoal e física do agente, para restauração da normalidade social violada pelo delito.

O Direito Penal faz parte de um fragmento do ordenamento jurídico e, em observância aos princípios da adequação social, da lesividade e da fragmentariedade, seleciona determinados bens jurídicos para uma proteção mais eficaz.

Não se pode negar que em muitos pontos a responsabilidade civil encontra similitudes na responsabilização penal, seja pela necessidade de se configurar o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, seja pela cominação de uma sanção, que apesar de natureza distinta, possui certo caráter pedagógico, dentre diversas outras características em comum.

Isto porque a responsabilidade civil visa assegurar três vertentes, pois ao mesmo tempo em que compensa e repara os eventuais danos experimentados pela vítima, impõe seu caráter punitivo e pedagógico ao ofensor. É bem verdade, que a punição em nada se coaduna com qualquer sanção imposta pelo Direito Penal, mas guarda relação com o próprio caráter pedagógico, evitando futura reiteração do agente.

¹⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1. p. 29-30.

A obra atualizada reproduz as mesmas críticas às fls. 37-38.

¹⁶ O art. 186 do CC prevê que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Poderíamos enumerar diversas semelhanças e diferenças entre a responsabilidade civil e penal, no entanto, estaríamos nos afastando do tema proposto no presente estudo.

Partindo de outra ótica, a doutrina divide a responsabilidade civil como sendo direta e indireta, tendo como aspecto fundamental, a relação entre o agente e a pessoa responsável pela reparação dos prejuízos, pois, em regra, cada um deve responder por seus atos.

Deste modo, estaremos diante da hipótese de responsabilidade civil direta, sempre que o agente causador do dano for a mesma pessoa que arcar com o ônus de reparar os prejuízos experimentados pela vítima. Em outras palavras, é o que a doutrina classifica como responsabilidade civil por atos próprios.

Se, por outro lado, o agente que der causa ao evento não for a pessoa legalmente responsável pela reparação, estaremos diante da hipótese de responsabilidade civil indireta, ou responsabilidade pelo fato de outrem.

O professor Aguiar Dias¹⁷ tece críticas às classificações “responsabilidade civil por fato da coisa” e “responsabilidade civil por fato de outrem”, visto que a primeira traz a falsa impressão de que as coisas possuem capacidade de fato, enquanto que a segunda permite ao intérprete chegar à conclusão de que o ordenamento admite a responsabilidade sem culpa.

Na realidade, essa modalidade tem por fundamento a quebra no dever de guarda e vigilância, ou em uma má escolha de preposto, pois o legalmente responsável tem o dever de assegurar pelas ações de terceiros, seja pela inexperiência ou má fé destes. Nota-se, então, que o agente que estabelece a relação de causalidade, não é o juridicamente responsável, apesar de ser autor material do fato. Como exemplos de responsabilidade civil indireta, destacamos as hipóteses de responsabilidade dos pais pelos atos de seus filhos menores, a do empregador pelo ato de seu empregado etc.

Vista a distinção entre a responsabilidade civil e penal, direta e indireta, passamos a analisar a classificação quanto à aferição da culpa, pois diferencia a doutrina as hipóteses de responsabilidade objetiva e subjetiva.

Disserta Caio Mário¹⁸ a respeito do tema que:

¹⁷ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 742.

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 13.

Os escritores, de maneira geral, e os escritores brasileiros em particular, agrupam-se em campos inimigos ao desenvolverem a fundamentação do princípio, distribuindo-se nas duas teorias que se combatem: de um lado, a doutrina subjetiva ou teoria da culpa, e, de outro lado, a doutrina objetiva, que faz abstração da culpa (responsabilidade sem culpa) e se concentra mais precisamente na teoria do risco.

Mais uma vez, José de Aguiar Dias critica o texto do CC/2002, quando da instituição da regra da responsabilidade civil subjetiva prevista no art. 186. Para o Autor, o mesmo erro do legislador de 1916 foi mantido, ao se tratar de responsabilidade civil tanto na parte geral quanto na parte especial.

Neste sentido, alerta o homenageado autor¹⁹ que:

Incide o Projeto no mesmo erro do Código de 1916, ao tratar da responsabilidade civil na Parte Geral e também na Parte Especial. Na primeira, define a culpa, na segunda estende o dever de ressarcimento para além da culpa. Melhor seria que unificasse os princípios disciplinando num só lugar a responsabilidade civil, baseada na culpa, como no risco. Acontece que o art. 186 incide numa petição de princípio. Com efeito, dizer, simplesmente, que o agente pratica o ato ilícito será o mesmo que enunciar: aquele que comete ato ilícito comete ilícito [...]. O Projeto não enunciou princípio nenhum. Não se diga que o art. 929 contém a sanção. Se assim se entender, ter-se-á uma imperfeição da técnica legislativa, enunciando o Código um preceito sem consequência, na Parte Geral, e transferindo para a Parte Especial a consequência desse preceito.

O eminente doutrinador Luiz Cláudio Silva²⁰ ensina, no que diz respeito à culpa que:

A principal distinção da culpa subjetiva para a objetiva está na aceção de que na primeira a vítima deve provar que o agente causador agiu com culpa exclusiva ou concorrente para o evento danoso. Enquanto que na culpa objetiva, basta provar o nexo de causalidade, ou seja, o liame entre a causa e o efeito, sem a necessidade de se provar o elemento subjetivo da culpa, que é o dolo ou a culpa no sentido estrito.

Escoraram-se as teorias e os doutrinadores no clássico conceito de culpa. Com a evolução social e o aprimoramento científico do estudo do Direito, passou-se a um

¹⁹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1. p. 30-31.

A obra atualizada reproduz as mesmas críticas às fls. 38-39.

²⁰ SILVA, Luiz Claudio. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.8.

novo estágio de estudo da responsabilidade civil, não mais sobre ótica da culpa, mas da teoria do risco.

Esta terceira classificação é talvez, um dos pilares fundantes da responsabilidade civil, diante de sua natureza crucial para a responsabilização do agente causador do dano.

No entanto, uma análise perfunctória permitiria que o intérprete chegasse à conclusão de que a responsabilidade civil objetiva configurar-se-ia verdadeira injustiça.

Tal raciocínio cai por terra, ao analisarmos a origem da objetivação da responsabilidade, que guarda muita relação com a noção de “risco”, o principal critério para objetivação da responsabilidade civil.

A teoria do risco teve seu impulso a partir da Revolução Industrial, quando o manuseio dos equipamentos de produção em larga escala apresentavam um enorme potencial de dano para seus usuários. Esse risco a que se submetiam os operários foi alavanca para que a situação jurídica na relação de trabalho tomasse novos rumos.

Não se pode negar que a Revolução Industrial é um dos marcos de maior desenvolvimento da humanidade, através de seu excessivo caráter técnico-científico e introdução de novos meios de produção. Todavia, da mesma maneira que a revolução inovou no campo tecnológico, também gerou conseqüências no complexo de normas jurídicas, pois deflagrou novas formas de indenização decorrentes dos danos ocasionados aos operadores de equipamentos e terceiros envolvidos.

Com o surgimento de questões similares envolvendo atividades estatais, diversas teorias surgiram para a responsabilização do ente público. Em um primeiro momento, em razão do regime absolutista adotado ao longo da evolução das sociedades européias, sustentou-se a irresponsabilidade do Estado, ao argumento de que “*The king can do no wrong*”²¹, ou seja, o Estado não seria apto a reparar eventuais danos por ele praticados.

Essa teoria acabou sendo superada, admitindo-se após, a possibilidade de responsabilização do Estado, através do sistema subjetivo de responsabilidade civil, adotando-se teorias como a culpa civilística e a culpa administrativa.

Com o passar dos anos, as teorias subjetivas foram mitigadas com o surgimento de teses como a culpa anônima, a culpa presumida e a falta administrativa,

²¹ “O Rei nada faz de errado” (tradução livre).

passando-se então a abrir o caminho da responsabilidade civil objetiva do ente público, que teve seu grande marco através das teorias do risco.

A mais relevante das teorias é a conhecida como a do “risco administrativo”, que tem como vertente a socialização do prejuízo e a publicização da responsabilidade, sem que haja aferição da culpa do agente ou da falta do serviço.

Não se pode deixar de reconhecer que a teoria do risco administrativo teve desdobramentos, como ressaltam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona²²:

Essa afirmação, todavia, não implica dizer que o nosso sistema tenha adotado as teorias do risco integral ou risco social, mas sim do risco administrativo, que admite, portanto, a quebra do nexos causal pela comprovação de uma das excludentes de responsabilidade civil.

A teoria do risco é, inclusive, adotada pelo CDC como afirma Clayton Reis²³:

Por essa razão o legislador pátrio, consciente dessa realidade, prescreveu no artigo 10 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.02.1990) a expressa proibição ao fornecedor colocar no mercado de consumo “... produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança”. É uma intervenção do Estado na esfera privada, com o nítido propósito de evitar que qualquer produto que ofereça ao consumidor perigo de dano seja colocado no mercado de consumo.

A partir da aplicação da teoria do risco²⁴ como fundamento para a responsabilização do ente estatal, através da previsão constante do art. 37, §6º da CF e art. 43 do CC, verificou-se argumento no sentido de que a responsabilidade do Estado seria indireta. Ledo engano, pois com a superação de teorias como a falta impessoal do serviço e de que o Estado seria a *longa manus*, não há falar nessa modalidade de responsabilização. A única exceção a essa regra, diz respeito à responsabilização do Estado por danos praticados por concessionárias, permissionárias e demais entidades autorizadas à prestação de serviços públicos, pois aqui a responsabilidade do Estado é

²² PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3. p. 218-219.

²³ REIS, Clayton. A teoria do risco na modernidade – uma antevisão do futuro. In: LEITE, Eduardo Oliveira (Org.). **Grandes temas da atualidade – responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 6. p. 54.

²⁴ Merece destaque a posição de José de Aguiar Dias, no sentido de que a responsabilidade civil do Estado é matéria inerente ao Direito Administrativo, apesar de haver entendimento contrário, capitaneado pelo professor Gustavo Tepedino. (DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 772).

indireta, respondendo a Administração Pública pelos danos ocasionados pelas pessoas ora referidas.

Não é demais frisar, entretanto, que diversos foram os fatores foram cruciais para a objetivação da responsabilidade, como a previsão de excludentes e a imposição da responsabilidade indireta a determinadas pessoas.

Por fim, a última classificação no sistema dual de responsabilidade civil cuida da distinção entre a responsabilidade contratual e extracontratual. Podemos definir que a primeira se configura em razão da infração de uma cláusula contratual, também chamada ilícito contratual. Já a segunda, também conhecida como aquiliana²⁵, por influência da *Lex Aquilia*, decorre da contrariedade de uma norma jurídica.

Para Aguiar Dias, a responsabilidade contratual²⁶ refere-se a questões envolvendo a interpretação da vontade dos contratantes enquanto que a responsabilidade extracontratual trata da conjunção entre ato ilícito, dano e culpa²⁷.

Em outras palavras, haverá a responsabilidade contratual ou negocial, quando, apesar de a lei estabelecer fundamento para aquela relação, também existir um vínculo obrigacional prévio estabelecido por uma manifestação de vontade entre as partes, sendo o dever de indenizar uma consequência de seu inadimplemento. Já a responsabilidade extracontratual surgirá quando o dever de indenizar ocorrer em decorrência de lesão a direito subjetivo, sem que entre o agente e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o permita.

2.2 ELEMENTOS CONFIGURADORES

A concorrência entre uma conduta, o nexo de causalidade e o dano são componentes necessários para a configuração da responsabilidade civil. Em regra, não haverá responsabilidade civil sem que haja o nexo de causalidade e conduta²⁸.

²⁵ É comum a referência da responsabilidade extracontratual como delitual.

²⁶ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 217.

²⁷ Ibid. p. 563-564.

²⁸ A exceção se dá através da responsabilidade civil por ato lícito, ou quando envolver interesse público, por exemplo, nas hipóteses de inexistência de nexo de causalidade, ocasionado por um fator de atribuição (v.g. acidentes do trabalho). Nestes casos, responde o Estado, através da autarquia previdenciária – INSS – com base no risco integral, em decorrência de seu dever de seguridade, o que não elide, todavia, o dever de indenizar do empregador quando incorrer em dolo ou culpa.

Acerca do conceito de conduta, poderíamos discorrer ao longo do presente trabalho sobre suas formas de manifestação no mundo exterior. Entretanto, por ora, é suficiente afirmar que se trata de uma ação humana, voluntária, em caráter positivo ou negativo que configurará, portanto, ato ilícito²⁹, conforme orienta o próprio art. 186 do Código Civil.

É claro que a conduta, por si só, não gera o dever de indenizar, devendo haver o nexo de causalidade, ou seja, a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado do evento.

Na órbita do nexo de causalidade³⁰, três teorias são relevantes para a sua explicação, a saber: a teoria da equivalência de condições (*conditio sine qua non*), a da causalidade adequada, que se desdobra para alguns doutrinadores em causalidade necessária. No entanto, deixamos de analisá-las, pois fogem ao objeto de estudo.

Destaque-se que o nexo de causalidade não se trata de mera regra jurídica, mas de uma lei natural, sendo o elemento referencial entre a conduta e o resultado³¹, levando a concluir quem foi o causador do dano. Por isso, podemos dizer, mais uma vez, que não haverá responsabilidade civil sem nexo causal³².

Em um terceiro plano, surge o dano, mais um pressuposto da responsabilidade civil, que ora faremos uma abordagem perfunctória, tendo em vista que dedicaremos um capítulo exclusivo para o seu estudo quando tratarmos da aplicação do CDC na reparação dos danos, uma vez que só existe a responsabilidade civil se houver a necessidade de reparação. Daí se dizer que a responsabilidade resulta na obrigação de ressarcir o dano, podendo existir sem que haja aferição da culpa (responsabilidade objetiva). Não poderá,

A propósito, não se pode, todavia, equiparar a responsabilidade ao ato ilícito. Este nada mais é do que uma conduta em desacordo com as regras existentes no ordenamento jurídico, nada se coadunando com a responsabilidade, o dever de reparar o dano.

²⁹ Cf nota 28.

³⁰ Vale o registro de que o nexo de causalidade sofre influência das chamadas “concausas”, que são os acontecimentos que se acrescentam ao evento danoso, anterior, concomitante ou posteriormente a sua ocorrência.

³¹ Aguiar Dias define a relação de causalidade ou *causal connexion* como o: “laço ou relação direta de causa a efeito entre o fato gerador da responsabilidade e o dano.” (DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 131-132).

³² Há hipóteses em que a lei dispensa, de certa maneira, o nexo de causalidade para que reste configurada a responsabilidade civil (v.g. acidentes do trabalho e o dever de indenizar conforme previsão do art. 7º, XXVIII da CF), adotando-se sistemas como a socialização dos riscos. Na realidade, o fundamento é de que vige um fator objetivo de atribuição da responsabilidade civil, em decorrência do dever de seguridade, no que diz respeito aos acidentes do trabalho.

todavia, haver responsabilidade civil sem que haja dano ou o nexo de causalidade, conforme entendimento esposado por José de Aguiar Dias³³.

Ciente de todas as ilações condizentes aos elementos da responsabilidade civil, observa-se que a doutrina caminhou na trilha da mera exigência do nexo de causalidade e do dano. Nessa mesma esteira, o Prof. André Fontes trata dos fatores de atribuição da responsabilidade por danos³⁴, que podem ser entendidos como fundamentos para imposição do dever de indenizar, afirmando o douto Professor³⁵ que:

Os “fatores de atribuição” subjetivos se baseiam exclusivamente na culpa e no dolo. Porém, é de se notar que a referência aos fenômenos que compreendem o conteúdo dos “fatores de atribuição” objetivos (como a solidariedade e a equidade, dentre outros) é meramente enunciativa, sujeita a constante expansão.

Estas importantes observações ajudam a entender o motivo da imposição da responsabilidade civil a determinadas pessoas que não possuem relação direta com o evento. Assim, em se tratando de fatores objetivos estarão dispensados quaisquer balizamentos relativos à valoração da conduta danosa, a culpabilidade e voluntariedade do causador do dano, como ensina André Fontes³⁶.

A indagação que se levanta diz respeito à culpa *lato sensu*, como elemento essencial da responsabilidade civil. Neste sentido, veremos que o questionamento é de grande pertinência para a compreensão do tema em voga.

Antes, porém, de analisarmos a natureza da culpa no sistema de responsabilidade civil, merece cotejo sua definição, para que se possa entender a sua natureza jurídica.

A melhor doutrina classifica a culpa como uma conduta voluntária, contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito que leva a um evento danoso involuntário, apesar de previsível.

³³ Op. cit. p. 969.

³⁴ O citado Autor sustenta que o termo “responsabilidade civil” merece superação pela definição “responsabilidade por danos”, uma vez que não mais trataríamos de sancionar a culpa, mas de reparar o dano injusto.

³⁵ FONTES, André. Os fatores de atribuição da responsabilidade por danos. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 5, p. 207-215, v. 2. jan. / mar. 1999. p. 212.

³⁶ O aludido doutrinador enumera exemplificativamente os seguintes fenômenos como fatores objetivos de atribuição: solidariedade, seguridade social, risco criado, equidade, garantia e tutela especial do crédito, igualdade dos ônus públicos, seguro e critérios econômicos. (idem. p. 214).

Portanto, nos deparamos com três elementos de sua caracterização, que são a conduta voluntária com resultado involuntário, a previsibilidade do evento e a falta de atenção.

Em decorrência da previsão do sistema de responsabilidade civil objetiva, o posicionamento da majoritária doutrina é no sentido de que a culpa não é elemento essencial da responsabilidade civil, mas acidental, uma vez que em determinadas situações, não será objeto de aferição do magistrado, ainda que existente ou não.

Haverá casos em que a hipossuficiência técnica, o risco da atividade, ou a socialização dos riscos levarão à objetivação da responsabilidade civil, deixando-se, desse modo, de se aferir, como já afirmado, o grau de culpa do agente.

Buscando manter a metodologia adotada no presente estudo, também encontramos na obra de José de Aguiar Dias o entendimento de que a culpa não é elemento fundante da responsabilidade civil, como vemos:

Adotando ponto de vista que afasta a exclusividade da culpa como fundamento da responsabilidade civil, nem por isso nos sentimos dispensados de estudá-la, até porque, embora menos ampla do que geralmente se lhe reconhece, ela tem sua posição no sistema a que filiamos.³⁷

Acerca do tema, o esclarecimento de Pablo Stolze³⁸ e Rodolfo Pamplona também merece relevo:

Embora mencionada no referido dispositivo de lei por meio de expressões “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”, a culpa (em sentido lato, abrangente do dolo) não é, em nosso entendimento, pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no novo Código, considerando a existência de outra espécie de responsabilidade, que prescinde desse elemento subjetivo para a sua configuração (a responsabilidade objetiva).

³⁷ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 133.

³⁸ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3. p. 28.

3 AS RELAÇÕES DE CONSUMO E O ORDENAMENTO JURÍDICO

A evolução da sociedade e das relações econômicas demonstraram o surgimento de diversas modalidades de relações entre particulares, algumas já existentes desde o Direito Romano, como a instituição da família através do *pater familiae*, hoje não mais existente em nosso ordenamento, pois substituído pelo conceito de poder familiar, ou até mesmo as relações de trabalho, através de institutos como a *locatio operarum* que se assemelhava a locação de serviços e a *locatio operis faciendi* espécie de contrato de empreitada.

O liberalismo econômico idealizado na Revolução Francesa, o conceito de produção em larga escala desenvolvido na Revolução Industrial, a ampliação das políticas econômicas mundiais no Século XX, dentre diversos outros fatores, impulsionaram o mercado de consumo.

No entanto, a diversificação dos meios de comunicação, o fenômeno da globalização que implicou na relativização das fronteiras entre territórios, desenvolveram novas relações jurídicas que necessitavam de regulação estatal, uma vez que era latente a desigualdade entre as partes integrantes destas relações, ocasionando um manifesto desequilíbrio contratual, passível de intervenção estatal – dirigismo contratual, face à hipossuficiência destes consumidores perante os fornecedores.

O Código Civil de 1916 buscou regular as relações entre particulares, não adotando, todavia, normas de cunho protecionista dos consumidores, até porque, quando da data de sua edição, o mercado de consumo não era tão vasto como o que impera nos dias de hoje.

Já na década de 50, o legislador editou a Lei nº 1.521 de 26 de dezembro de 1951, que trata da prevenção dos crimes e contravenções praticados contra a economia popular, demonstrando uma inicial preocupação do Estado com o mercado de consumo.

Entretanto, o diploma repressivo não foi suficiente para a proteção da economia e do mercado de consumo. Por oportuno, na iminência da promulgação da Constituição Federal de 1988, deu-se início a uma Política Nacional de Relações de

Consumo, o que levou o Constituinte a assegurar na CF a defesa do consumidor, dentre o rol de direitos e garantias individuais³⁹.

O Brasil, em contrapartida a diversas nações, a exemplo de Portugal, houve por bem em desenvolver um sistema unitário, através da criação de um código eminentemente sistemático, que não prevê, especificamente, determinados ramos de atividades, mas cuida, genericamente, das relações de consumo.

A Constituição Federal em seu art. 5º, XXXII prevê que o Estado deverá promover a defesa do consumidor na forma da lei. Seguindo a harmonia constante do texto da *Lex Mater*, ao tratar da ordem econômica no art. 170, o Constituinte reforçou a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, a existência digna das pessoas, com base em primados de justiça social, incluindo em seu rol de princípios a defesa do consumidor, conforme consta do inciso V.

No entanto, diante da relevância do tema, o legislador constituinte não restringiu sua proteção apenas à referida norma, prevendo, no art. 48 do ADCT, que o Congresso Nacional deveria elaborar o CDC dentro de 120 dias da promulgação da Constituição Federal, o que ocorreu somente em 11 de setembro de 1990, quando foi sancionado o Código, publicado em 12/09/1990, com período de *vacatio legis* de 180 dias.

A Prof. Letícia Sardas reconhece a morosidade do legislador na edição da lei consumerista, apesar da expressa determinação do constituinte, quando afirma: “*Com este arcabouço constitucional, e apesar de ultrapassado o prazo de 120 (cento e vinte) dias...*”⁴⁰

Seria falacioso, após estas digressões, sustentar que o CDC é aplicável apenas a contratos específicos. De fato, tal raciocínio não poderia ser mais equivocado. Na realidade, a lei consumerista regula quaisquer contratos que envolvam relações de consumo. Neste sentido, Claudia Lima Marques e Sergio Cavalieri Filho defendem que o CDC é um sistema multidisciplinar abarcando quaisquer hipóteses de relações de consumo. A conclusão de ambas as autoridades é corroborada pelo fato de o legislador ter optado por um sistema de normas genéricas, aplicáveis a todas as relações envolvendo o consumo, diferentemente do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos.

³⁹ O art. 60, §4º prevê que os direitos e garantias individuais são considerados cláusulas pétreas, impedidas assim de alterações por Emendas Constitucionais, o que nos demonstra a importância da proteção ao consumidor em nosso ordenamento.

⁴⁰ SARDAS, Letícia de Faria. Aspectos da responsabilidade civil no código de defesa do consumidor. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 16, p. 52-59, v. 4. out. / dez. 2001. p. 53.

A constitucionalização do Direito Civil levou ao fenômeno da descodificação, capitaneando, atualmente, a tendência de instituir microssistemas específicos em vez de normas codificadas e extensas.

Não há qualquer dissenso entre os doutrinadores no que diz respeito ao caráter aberto do CDC, diante de sua estrutura fundada em princípios e cláusulas gerais orientadoras das relações de consumo.

Em sua maestria o Prof. Cavalieri afirma que o CDC se espelha como um conjunto de normas de sobredireito, aplicáveis quando existentes as relações de consumo, independente do ramo do direito em que estas tenham se formado, conforme as lições abaixo transcritas⁴¹:

Costumo dizer que o que o Código de Defesa do Consumidor fez foi estabelecer uma sobreestrutura jurídica aplicável em todos os casos decorrentes de relações de consumo. Alguns autores preferem falar em minissistema. Não deixa de ser um minissistema, mas prefiro falar em sobreestrutura jurídica, porque “mini” dá idéia de pequeno, e que é excluído do grande.

É também a mesma concepção extraída das palavras de Denise Nicoll⁴² quando afirma que o Código de Defesa do Consumidor é:

considerado um microssistema jurídico de caráter inter e pluridisciplinar, ou seja, ao lado de princípios que lhe são próprios, no âmbito a chamada ciência consumerista, o Código relaciona-se com outros ramos do Direito, ao mesmo tempo em que atualiza e dá nova roupagem a antigos institutos.

Em matéria de Direito Intertemporal, versando a vigência do CDC, verificamos que a 9ª edição da obra do professor José de Aguiar Dias apresenta, para nossa felicidade, alguns breves comentários acerca da aplicabilidade da norma consumerista. Ao realizar uma análise do CDC, o saudoso civilista afirmara que⁴³:

⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. O novo código civil e o código do consumidor. convergências ou antinomias? **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 20, p. 100-114, v. 5. out. / dez. 2002. p. 102.

⁴² SOUSA, Denise Nicoll Simões de. Dano moral nas relações de consumo à luz do direito brasileiro e do português. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 27, p. 141-167, v. 7. 2004. p. 144.

⁴³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1. p. 364.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) é, fundamentalmente, uma lei de responsabilidade civil. Assim cabe observar com Roubier, “que é a lei do dia em que o dano ocorreu que fixará as condições da responsabilidade civil, isto é, que dirá se uma dívida nasceu ou não, em relação à vítima e ao cargo de que, essa dívida existe. É igualmente essa lei que fixará a extensão da reparação ou seja, os limites do crédito.” (Droit Transitoire, nº 42, p. 188).

Entretanto, tendo em vista o caráter de microssistema do CDC, questiona-se sobre a possibilidade aplicação subsidiária das demais normas vigentes em nosso ordenamento jurídico, no que diz respeito às relações de consumo.

Embora não haja qualquer norma prevendo a impossibilidade de aplicação subsidiária das demais normas, face o exposto no art. 7º do CDC, devemos salientar que o intérprete deve estar atento para o conteúdo da norma de direito comum a ser aplicada.

Para efeitos de aplicação de outras normas em matéria consumerista, afirma a lei que os direitos constantes no CDC não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, desde que, é claro, ratificados pelos órgãos competentes através dos decretos legislativos, ato normativo que os incorpora ao ordenamento brasileiro.

Em relação à legislação interna ordinária, os regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, sua aplicabilidade está condicionada à compatibilidade com o espírito do CDC, pois do contrário, deverá o intérprete negar vigência a estas normas em favor da lei de consumo.

Não podemos nos olvidar ainda, do que a doutrina⁴⁴ convencionou denominar “diálogo das fontes” ou “diálogo normativo”, o método de solução conflitos normativos, no que se refere a aspectos temporais. Através do diálogo é possível que duas ou mais normas possam ter aplicação simultânea, coordenada e coerente, ainda que apresentem notória heterogeneidade, haja vista os princípios constantes da Constituição que permitem estabelecer vínculos lógicos, a partir de uma aplicação ordenada do próprio legislador. O exemplo mais latente da aplicação deste sistema diz respeito à incoerência da revogação do CDC quando da vigência do CC/02, conforme já analisado no estudo introdutório.

⁴⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

Por fim, o legislador previu outras fontes do direito, a exemplo dos princípios gerais do direito, os costumes e a equidade, como instrumentos aptos para o socorro do intérprete. Além disto, permite-se ainda, a utilização da analogia, verdadeiro procedimento de integração das normas, a fim de que sejam supridas as lacunas legais.

3.1 A CARACTERIZAÇÃO DOS CONSUMIDORES E FORNECEDORES – AS TRÊS CORRENTES DISSIDENTES

A relação jurídica existente entre particulares pode configurar-se sob a modalidade de relação de consumo, estando sob o pálio da Lei n.º 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor), tendo em vista que o aludido diploma legal, adota o critério *ratione personae*, dispondo em seus artigos 2º e 3º, os conceitos de fornecedor e consumidor, que ora transcrevemos:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

A relação de consumo é toda relação jurídica contratual que envolva a compra e venda de mercadorias, produtos ou bens móveis e imóveis, consumíveis ou inconsumíveis, fungíveis ou infungíveis, adquiridos por consumidor final ou a prestação de serviços sem caráter trabalhista.

Nessa relação há o envolvimento de duas partes bem definidas, que são o adquirente de um produto ou serviço (consumidor) e o fornecedor ou vendedor de um produto ou serviço.

O consumidor é, por força de lei, a pessoa física ou jurídica que utiliza determinado serviço ou adquire determinado produto na condição de destinatária final.

A professora Claudia Lima Marques⁴⁵ caracteriza com maestria o significado do termo destinatário final, como vemos:

Destinatário final seria o *destinatário fático* do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra algodão para transformar, a fábrica de celulose que compra carros para o transporte dos visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para o seu escritório, ou mesmo o Estado quando adquire canetas para o uso em repartições e, é claro, a dona de casa que adquire produtos alimentícios para a família.

A proteção da norma consumerista é ampla, pois apesar de retirar o *status* de consumidor direto em determinadas situações, prevê o CDC, no parágrafo único do art. 2º, que a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo são também protegidas, assim reconhecidas como consumidores por equiparação, classificação também utilizada nos arts. 17 e 29 do diploma legal.

O fornecedor será toda pessoa física ou jurídica, de caráter público ou privado, nacional ou estrangeira, além de entes despersonalizados, que desenvolvam quaisquer atividades previstas no art. 3º.

As definições constantes dos arts. 2º e 3º causaram grande alarde entre a doutrina e jurisprudência, pois passou-se a questionar se uma pessoa jurídica poderia ser consumidora e, em quais situações restaria configurada a relação.

Pacificou-se, entretanto, que a distinção entre o consumidor e o fornecedor estaria no destino final do produto ou serviço, pois o critério de exercício de atividade profissional se mostrou insuficiente. Assim, para que a pessoa jurídica ostentasse *status* de consumidora deveria, necessariamente, adquirir bens de consumo, assim empregados para uso próprio, e não de capital que poderiam ser, de qualquer modo, comercializados.

Em relação aos serviços, sua contratação deveria atender às exigências constantes de dispositivo legal ou da própria atividade de sociedade empresária, para que restasse reconhecida a condição de pessoa jurídica consumidora.

A melhor doutrina assevera que a classificação do fornecedor será cotejada desde que haja dois elementos marcantes, ou seja, a remuneração direta ou indireta (cortesia) e a habitualidade.

⁴⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 5. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 305.

Apesar das ponderações doutrinárias, não se pode negar que um dos grandes problemas em se introduzir um rol enunciativo, apesar de o conceito de fornecedor possuir considerável amplitude, é que muitas situações deixam de ser abordadas pelo diploma legal por diversos motivos, carecendo, destarte, de previsão normativa, forçando os magistrados a se utilizarem de procedimentos de integração, a exemplo da analogia.

Os doutrinadores e os tribunais calharam a apresentar distintas concepções acerca do conceito de consumidor, em contraposição, destarte, ao conceito de fornecedor, tendo em mente, todavia, que a definição não poderia vislumbrar relação comercial, mas de consumo.

Dentre as várias teorias, destacamos as três mais relevantes – Finalista, Maximalista e Finalista Mitigada – que envolvem, como já ressaltado, o destino final do produto e serviço.

Para os adeptos da Teoria Finalista estende-se a proteção aos consumidores que sejam destinatários finais dos produtos, em caráter fático e econômico. Para tanto, os produtos não podem ser utilizados como insumos, de acordo com os ensinamentos da Profa. Claudia Lima Marques⁴⁶:

Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência: é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida “destinação final do produto ou do serviço”.

Os teóricos finalistas, em especial o Ministro do STJ Antônio Herman Benjamin, consideram que a definição do consumidor é a base da tutela especial, diante de sua manifesta vulnerabilidade.

Essa vulnerabilidade, entretanto, se condiciona a outro fator, qual seja o destino do produto ou do serviço, pois conforme as lições acima transcritas a proteção

⁴⁶ MARQUES, Claudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor. 5. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 304.

dos Finalistas se restringe aos consumidores que empreguem os produtos e serviços para uso próprio⁴⁷, sem que haja o repasse a terceiros.

Diante da restrição imposta pelos Finalistas, surge, em contrapartida, uma outra Teoria, a Maximalista que, desde já, afirmamos não ser aplicável no Brasil. Verifica-se agora, uma extensão no conceito, haja vista que quaisquer consumidores, inclusive pessoas jurídicas que adquirissem produtos na qualidade de insumos, também seriam consumidoras, uma vez que o escopo da Lei nº 8.078/90 seria o de regular o mercado de consumo.

Os adeptos da Teoria Maximalista buscam, a todo custo, estender o conceito de consumidor, permitindo-se que pessoas jurídicas que utilizem produtos e serviços na condição de insumos sejam agasalhadas pelo CDC, sem que haja qualquer critério diferenciador. Basta, para tanto, que o produto seja retirado do mercado e consumido para que reste configurada a condição de consumidor.

No entanto, diante da dissidência entre as duas teorias, surgiu, há poucos anos, uma nova corrente a partir de um conjunto reiterado de decisões do STJ⁴⁸, denominada de Teoria Finalista Mitigada.

⁴⁷ **Consumidor. Recurso especial. Pessoa jurídica. Seguro contra roubo e furto de patrimônio próprio. Aplicação do CDC.**

- O que qualifica uma pessoa jurídica como consumidora é a aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio; isto é, para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços.

- Se a pessoa jurídica contrata o seguro visando a proteção contra roubo e furto do patrimônio próprio dela e não o dos clientes que se utilizam dos seus serviços, ela é considerada consumidora nos termos do art. 2.º do CDC.

Recurso especial conhecido parcialmente, mas improvido. (STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RESP - RECURSO ESPECIAL – 733560 - Processo: 200500383734 - TERCEIRA TURMA - NANCY ANDRIGHI – Grifo nosso).

⁴⁸ **Processo civil. Conflito de competência. Contrato. Foro de eleição. Relação de consumo. Contratação de serviço de crédito por sociedade empresária. Destinação final caracterizada.**

- Aquele que exerce empresa assume a condição de consumidor dos bens e serviços que adquire ou utiliza como destinatário final, isto é, quando o bem ou serviço, ainda que venha a compor o estabelecimento empresarial, não integre diretamente - por meio de transformação, montagem, beneficiamento ou revenda - o produto ou serviço que venha a ser ofertado a terceiros.

- **O empresário ou sociedade empresária que tenha por atividade precípua a distribuição, no atacado ou no varejo, de medicamentos, deve ser considerado destinatário final do serviço de pagamento por meio de cartão de crédito, porquanto esta atividade não integra, diretamente, o produto objeto de sua empresa.** (STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - CC - CONFLITO DE COMPETENCIA – 41056 - Processo: 200302274186 - SEGUNDA SEÇÃO - ALDIR PASSARINHO JUNIOR – Grifo nosso).

A partir das observações iniciais dos Finalistas, esta corrente procurou abarcar novas relações, ainda que de pessoas que utilizassem produtos ou serviços na qualidade de insumos, mas desde que demonstrada a vulnerabilidade⁴⁹.

Estes vanguardistas, se assim podemos chamá-los, surgiram com o fito de colher as pequenas empresas e profissionais que adquirem produtos e serviços, que não se relacionem as suas atividades. O escopo desta teoria é, justamente, reconhecer a vulnerabilidade dessas pessoas ao figurarem nas relações de consumo, estendo-as a proteção do CDC.

De qualquer modo, as duas teorias mais cotejadas, a Finalista e a Mitigada tem como ponto de partida a vulnerabilidade do consumidor e concepção de destinatário final.

Em suma, a conclusão trazida por Claudia Marques⁵⁰ auxilia na compreensão das três teorias, como vemos:

O destinatário final é o *Endverbraucher*, o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico), e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é consumidor-final, ele está transformando o bem, utilizando o bem para fornecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor.

Entretanto, não bastaria a análise dos consumidores em sentido estrito, se não nos voltássemos para o conceito de consumidor por equiparação, ou *bystander*, extensão esta prevista nos arts. 2º, parágrafo único, 17 e 29.

Pelo disposto na norma constante do art. 2º, qualquer pessoa, assim descrita como a coletividade, que intervenha na relação de consumo poderá invocar as benesses do CDC, em razão de seus *status* de consumidor por equiparação. Assim, o indivíduo que ganha de presente um aparelho que apresenta vício poderá se utilizar disposto no art. 18 para responsabilizar o fornecedor do produto, por ser verdadeiro consumidor por equiparação, em razão de sua posição na relação de consumo.

⁴⁹ A vulnerabilidade pode ser técnica – quando o adquirente não dispõe de conhecimento para avaliar a qualidade ou utilidade do bem; jurídica – configurada quando se denota a ausência de conhecimentos jurídicos ou econômicos que permitam avaliar a relação; sócio-econômica ou fática – analisa a posição das partes na relação de consumo, a superioridade de um perante o outro, em razão do poder econômico exercido. Em matéria de provas, a vulnerabilidade técnica se orienta por presunção *jure et de jure*, enquanto que a jurídica se revela *juris tantum*.

⁵⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 5. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 338.

Deixando o caráter geral, o conceito de *bystander* constante da norma prevista no art. 17, se restringe às hipóteses de fato do produto e serviço, conforme preceitua o epígrafado dispositivo.

Basta que o indivíduo seja vítima de um evento – acidente de consumo – sofrendo suas conseqüências, para que incida a proteção da Lei nº 8.078/90, independente de eventual participação direta na relação de consumo⁵¹.

Aqui, em razão do exercício da atividade do fornecedor, houve a ocorrência de um evento danoso experimentado pelos consumidores do serviço e por terceiros envolvidos no evento. Logo, em razão do teor do art. 17, aqueles que não mantinham relação com o fornecedor, podem invocar o CDC em seu favor, em razão da previsão do conceito de consumidor por equiparação.

A última previsão legal de consumidor por equiparação se encontra na parte do CDC dedicada às práticas comerciais, prevendo o art. 29 que são equiparados aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas previstas no capítulo V – Das Práticas Comerciais.

Conforme observação da doutrina o dispositivo em voga quase nunca foi utilizado na jurisprudência e pelos operadores do direito. Entretanto, com a reformulação do Direito Comercial⁵² através da implementação da Teoria da Empresa no CC, passou-se a dar maior aplicabilidade a referida norma com objetivo de regular o mercado de consumo, afastando a prática de diversas condutas abusivas.

Diante do esforço hermenêutico para se adequar todas as situações ao Código Defesa do Consumidor, cabe a análise dos conceitos de produto e serviço.

⁵¹ CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ACIDENTE AÉREO. TRANSPORTE DE MALOTES. RELAÇÃO DE CONSUMO. CARACTERIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO SERVIÇO. VÍTIMA DO EVENTO. EQUIPARAÇÃO A CONSUMIDOR. ARTIGO 17 DO CDC.

I - Resta caracterizada relação de consumo se a aeronave que caiu sobre a casa das vítimas realizava serviço de transporte de malotes para um destinatário final, ainda que pessoa jurídica, uma vez que o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor não faz tal distinção, definindo como consumidor, para os fins protetivos da lei, "... toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". Abrandamento do rigor técnico do critério finalista.

II - Em decorrência, pela aplicação conjugada com o artigo 17 do mesmo diploma legal, cabível, por equiparação, o enquadramento do autor, atingido em terra, no conceito de consumidor. Logo, em tese, admissível a inversão do ônus da prova em seu favor .

Recurso especial provido. (STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RESP - RECURSO ESPECIAL – 540235 – Processo: 200300595959 - TERCEIRA TURMA - CASTRO FILHO – Grifo nosso)

⁵² A doutrina divide o Direito privado em três áreas distintas, a saber: Direito Civil, Comercial e do Consumidor.

O mesmo art. 3º que traz o conceito de fornecedor prevê em seus §§ 1º e 2º a classificação de produto e serviço, que ora transcrevemos:

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Quanto à definição de produto, muito não há que se falar, pois são todos os bens duráveis ou não duráveis que estejam disponíveis a consumo. A doutrina apresenta algumas classificações acerca dos produtos, no que diz respeito a sua segurança (seguros e inseguros), à periculosidade (nocivos e inofensivos), à adequação, à durabilidade, à natureza e à substituição de peças (compósito e não compósito)⁵³.

Por outro lado, os serviços são as atividades fornecidas mediante remuneração, excetuadas as relações de trabalho, que serão alvo de análise mais adiante. Sua divisão pode se dar em duas grandes chaves, assim classificadas por natureza e definição legal. A primeira divisão se encontra enunciativamente prevista no art. 3º, §2º, acima transcrito, e envolve quaisquer atividades disponibilizadas no mercado de consumo, enquanto que a segunda divisão é estabelecida pela lei, quando imposta a incidência do CDC, sobre determinada atividade.

De acordo com a doutrina da notável Professora Cláudia Lima Marques⁵⁴ a respeito dos serviços:

Quanto ao fornecimento de serviços, a definição do art. 3º do CDC foi mais concisa e, portanto, de interpretação mais aberta, mencionando apenas o critério de desenvolver *atividades de prestação de serviços*. Mesmo o § 2º do artigo 3º define serviço como "qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração", não especificando se o fornecedor necessita ser um profissional, bastando que esta atividade seja habitual e reiterada.

⁵³ São produtos compósitos aqueles que podem ter seus componentes substituídos sem que ocasione sua inadequação. Os não compósitos ou essenciais, são todos aqueles que não podem ter quaisquer de seus componentes substituídos ou retirados sem que implique em sua essência, ocasionando assim, sua imprestabilidade.

⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 5. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 393.

3.2 CONTEÚDO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – PRINCÍPIOS AFINS

Analisando os artigos iniciais do Código de Defesa do Consumidor, nos vem a baila questionamento referente à carga principiológica da proteção do consumidor e das relações em que figura.

O art. 4º destaca diversos princípios a serem observados em favor dos consumidores, dentre os quais destacamos os mais relevantes, quais sejam os da Vulnerabilidade do Consumidor, do Intervencionismo Estatal, da Harmonia dos Interesses, da Boa fé, da Equidade e Transparência.

Não se pode negar que dentre o rol incessante de relações de consumo, encontraremos situações envolvendo relações contratuais que, à luz do Novo Código Civil são regidas pelos princípios da boa fé objetiva, observando-se, a todo momento, a função social pela qual os contratos se destinam.

O princípio da boa fé traduz a idéia de que os contratantes ostentam a legítima expectativa de que seus parceiros serão leais no cumprimento das obrigações avençadas, o que o assemelha ao princípio da confiança, que diz respeito à expectativa depositada pelo consumidor na relação contratual, em virtude do fim por este esperado em relação à segurança do produto e do serviço disponibilizado no mercado de consumo, conforme lição de Heloisa Carpena Vieira de Mello.

Pela análise do inciso I do art. 4º, observa-se a consagração do princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, por ser ele a parte hipossuficiente da relação consumerista, tanto jurídica como economicamente. Daí a necessidade de especial atenção estatal para com o consumidor, a fim de protegê-lo nas relações de consumo em que figurar.

Inúmeros fatores incidem para a configuração da Vulnerabilidade do consumidor, dentre eles, a inserção de cláusulas leoninas e a prática de atos abusivos, a inobservância dos princípios que norteiam as relações consumeristas etc.

A Constituição Federal consagra o princípio da isonomia, que a partir da leitura fria do texto legal, se demonstra sob um caráter formal, onde todos são iguais. Esta ótica não é a que se fundamenta o princípio da Vulnerabilidade, uma vez que a isonomia também apresenta caráter material, considerando-se que os iguais devem ser tratados igualmente e, os desiguais desigualmente, cabendo ao Estado intervir e regular as relações de igualdade e desigualdade.

Daí surge outro princípio, o do intervencionismo do Estado previsto no inciso II, por meio do qual as ações governamentais devem ser direcionadas no sentido de proteger o consumidor, seja por iniciativa direta, por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas, pela efetiva presença do Estado no mercado de consumo e pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

Em matéria de Harmonização dos Interesses o inciso III equilibra os participantes das relações de consumo e compatibiliza a proteção do consumidor, por meio da necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na Boa Fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Não se pode negar que a boa fé objetiva deve imperar em todas as relações jurídicas, por se configurar verdadeiro dever secundário, materializado sob diversas formas, a exemplo do dever de cooperação mútua entre contratantes. A existência da boa fé se tornou uma exigência tão relevante que o legislador a normatizou conforme diversas previsões constantes do CC, em especial a dos arts. 113 e 422.

Por fim, verifica-se no inciso IV o princípio da Transparência que defende o dever objetivo e, precipuamente, básico, de educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo, o que é corroborado, por exemplo, pela vinculação do fornecedor à oferta que apresentar.

Há, na verdade, um verdadeiro direito subjetivo do consumidor em obter as informações adequadas, ao mesmo tempo em que o fornecedor é dotado de um amplo e transparente dever de informação.

A dimensão deste princípio é tão ampla que José Augusto Garcia⁵⁵ lembra, inclusive, do comando constante do art. 150, § 5º, da CF, até hoje não efetivado, que diz respeito ao dever dos entes federados, em especial os Estados, de esclarecimento dos impostos cuja incidência diz respeito à circulação de mercadorias e prestação serviços. Em outras palavras, a informação clara acerca das operações relativas ao ICMS.

⁵⁵ GARCIA, José Augusto. Tutela da informação e vocação irradiante do Código de Defesa do Consumidor. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 35, p. 232-280, v. 9. jul. / set. 2006. p. 268.

Em conseqüência do que já foi exposto, devemos ter em mente que o conteúdo protecionista das normas consumeristas tem base não só na Constituição Federal, mas também no art. 6º do CDC, que ora transcrevemos, para maior elucidação:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Se a Constituição Federal protege o direito a vida, não poderia ser diferente o inciso I, do art. 6º que trata da efetiva proteção da vida, da saúde e segurança dos consumidores, contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos.

Os incisos II, III e IV cuidam, sob diferentes aspectos, do que se deve entender como dever objetivo de informação, requisito fundante das relações de consumo, que servirá de orientação para o consumo adequado dos produtos e serviços, com a demonstração de suas corretas especificações e possíveis riscos, além de proteger os consumidores da publicidade enganosa e abusiva.

Acabamos, assim, com a possibilidade da comumente chamada propaganda enganosa, uma vez que a norma consumerista é clara ao prever que a oferta vincula o fornecedor.

Em matéria de abusividade, também temos o reforço do inciso V, que estabelece a possibilidade de modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, permitindo-se ainda, a revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Veja, aliás, que o Código de Defesa do Consumidor cuida, com muito acerto, do abuso de direito, como destaca Cristiano Chaves de Farias⁵⁶:

Nessa senda, o art. 51 da lei protetiva fulmina de nulidade as cláusulas abusivas, que são aquelas disposições opressivas, desfavoráveis à parte mais fraca (vulnerável) da relação de consumo. Sem dúvida, essa repressão explícita das cláusulas abusivas cominando nulidade (que pode ser reconhecida de ofício pelo juiz), tende ao controle do poder econômico, evitando uma desarmonia contratual, através da flexibilização da liberdade de contratar.

Diga-se de passagem, a definição das cláusulas abusivas é meramente enunciativa, pois caberá ao magistrado, durante a interpretação das cláusulas contratuais, aferir a abusividade destas, em estrita observância ao espírito do CDC e ao princípio da boa-fé, máxima norteadora das relações contratuais.

As sábias lições do Prof. Luiz Roldão de Freitas Gomes⁵⁷ merecem reprodução, pois dotadas de um caráter jurídico-social fundamental à atual conjuntura de nossa sociedade, onde o Poder Judiciário deixa de ser o “mero aplicador da lei”, mas um órgão a par da realidade do local onde exerce sua jurisdição, como vemos:

Temos critérios e eles decorrem do resguardo da boa-fé, identificadas as legítimas expectativas do consumidor, assim considerando o homem comum diante do resultado econômico de uma operação. Toda vez que uma cláusula atente contra esses princípios, e que, sobretudo, vá comprometer o equilíbrio do contrato, que é o que se quer preservar, e esse papel só ao magistrado é reservado, sempre que isso ocorrer, e houver, então, uma cláusula abusiva, por conseguinte, nula de pleno direito, deverá ser extirpada daquele contrato, caso não possa se adaptar à lei.

⁵⁶ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil - teoria geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p. 473.

⁵⁷ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Cláusulas abusivas. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 16, p. 43-51, v. 4. out. / dez. 2001. p. 51

É claro que não estamos advogando a tese de que os contratos que envolvam relações de consumo não são regidos pelas normas constantes do Código Civil, até porque princípios como o da autonomia da vontade e o da liberdade de contratar também são aplicáveis às relações consumeristas. Qualquer violação a estes ou demais princípios poderá ser levada ao conhecimento dos órgãos competentes do Poder Judiciário que emitirão o pronunciamento acerca da demanda instaurada.

Veja, aliás, que o direito subjetivo dos consumidores também é vislumbrado pela norma consumerista, como se observa do teor dos incisos VI, VII e VIII, que permitem ao consumidor o acesso aos órgãos jurisdicionais ou administrativos a fim de proteger seus direitos e buscar reparação por danos patrimoniais, morais, individuais, coletivos ou difusos, seja através do ajuizamento de demandas visando a compensação dos danos, ou através de outros instrumentos, como a ação popular e ação civil pública, assegurando-se aos necessitados, portanto, a proteção jurídica, administrativa e técnica.

Diga-se de passagem, a proteção e compensação⁵⁸ dos danos morais prevista no art. 6, VII, mereceu os aplausos de José de Aguiar Dias⁵⁹, que sentiu-se confortado ao ver que após a árdua luta em busca do reconhecimento desse princípio, o legislador estabeleceu, sem qualquer sombra de dúvida a proteção a essa modalidade de direito extrapatrimonial.

O inciso VIII versa sobre a possibilidade de inversão do ônus da prova, no processo civil, a critério do juiz, quando forem verossímeis as alegações, ou quando for o consumidor hipossuficiente técnico. Trata-se de modalidade de inversão *ope iudice*, que será analisada em momento oportuno.

De caráter administrativo é o inciso X, que trata da adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral, norma similar aos princípios da administração pública, em especial o da Eficiência, conforme estatuído no art. 37, *caput* da Constituição Federal.

Portanto, diante da nova sistemática introduzida pelo CDC o consumidor passa a ter em seu poder as diversas proteções constantes dos arts. 4º e 6º da norma aludida.

⁵⁸ Veremos ao longo do estudo que o dano moral não pode ser reparado, mas compensado.

⁵⁹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1. p. 365.

3.3 APLICABILIDADE DA NORMA CONSUMERISTA – A PROBLEMÁTICA DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Dentre os diversos questionamentos até então levantados, argumentamos se estariam as relações trabalhistas sob a proteção das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor? E se as instituições financeiras também se submetem ao regramento do CDC?

Poderíamos enumerar diversas indagações, mas nos restringimos a estas duas hipóteses, pois ambas tiveram recente resolução por parte do Legislativo e do Judiciário.

No que concerne à aplicabilidade das normas consumeristas às relações trabalhistas, não há mais tormentos entre os doutrinadores, mesmo porque o legislador ordinário obrou em muito acerto no art. 3º, § 2º do CDC, ao definir o conceito de serviço e excluir as relações de caráter trabalhista do âmbito de aplicação da norma consumerista.

Não poderia o legislador editar a Consolidação das Leis do Trabalho, norma eminentemente protetiva das garantias do empregado, enquanto que viesse a prejudicá-lo com a aplicabilidade do CDC, pois estaríamos diante de um quadro inusitado, pois equipararíamos o empregador ao *status* de consumidor, enquanto que o empregado seria igualado ao fornecedor, apesar de ser a parte mais vulnerável da relação.

Como se verá ao longo do presente estudo, a responsabilidade do fornecedor é objetiva, o que levaria o trabalhador a responder objetivamente, quando é a parte mais fraca da relação, diante de sua hipossuficiência técnica. Daí a vivacidade do legislador ao excluir as relações de trabalho do âmbito de incidência do CDC.

A Emenda Constitucional nº 45/04, ao implementar parte da Reforma do Judiciário introduziu diversos institutos e, dentre as diversas reformas ampliou a competência da Justiça do Trabalho, o que levou muitos doutrinadores a advogarem a tese de que as lides envolvendo prestação de serviços não mais seriam da competência da Justiça Estadual, mas daquela Justiça especializada, argumento este já superado.

No entanto, questão tão relevante quanto à competência da Justiça do Trabalho para as lides consumeristas, diz respeito à aplicabilidade das normas previstas no CDC em relação às instituições financeiras. Embora haja resistência por alguns doutrinadores, a relação entre consumidor e instituição financeira se trata de verdadeira relação de consumo, tendo em vista que os bancos são considerados fornecedores, consoante o art. 3º, e seu parágrafo 2º, da Lei nº 8.078/90, portanto aplicáveis os

dispositivos da lei consumerista, mormente os inerentes à proteção contratual e às cláusulas abusivas.

A doutrina é uníssona nesse sentido, entendendo que, por decorrência lógica da lei, o CDC é aplicável às instituições financeiras. Para maior ilustração destacamos o posicionamento de Nelson Nery Junior, no Prefácio da obra de Antonio Carlos Efig⁶⁰:

A pergunta que se pode fazer não é se os bancos se encontram sob o CDC (a resposta é sempre afirmativa), mas se a relação jurídica existente entre o banco e a contraparte é ou não de consumo. É uma outra questão, portanto.

O produto comercializado pelo banco não é o dinheiro (que é bem juridicamente consumível, segundo o art. 50 do Código Civil, caracterizando-se como objeto da relação de consumo), mas sim o crédito, bem imaterial constante do § 1º do art. 3º do CDC como objeto da relação de consumo.

Surgida a divergência doutrinária a jurisprudência acabou por se pacificar no mesmo sentido do doutrinador acima referido, tendo sido este entendimento confirmado recentemente com a súmula 297 do STJ, nos seguintes termos:

O Código de defesa do consumidor é aplicável às instituições financeiras.

Ainda assim, as instituições financeiras calharam a criticar o posicionamento majoritário dos tribunais, quando então, conforme Informativo nº 430, em junho de 2006, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do §2º do art. 3º do CDC, ao argumento de que não há conflito entre o regramento do sistema financeiro e a disciplina do consumo e da defesa do consumidor.

Tal conclusão parte da premissa de que, nos termos do disposto no art. 192 da CF, a exigência de lei complementar refere-se apenas à regulamentação da estrutura do sistema financeiro, não abrangendo os encargos e obrigações impostas pelo CDC às instituições financeiras, relativos à exploração das atividades dos agentes econômicos que a integram (operações e serviços bancários), que podem ser definidos por lei ordinária.

⁶⁰ EFING, Antonio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 1999. p. 14.

3.4 A DISTINÇÃO ENTRE O FATO E O VÍCIO DO PRODUTO E DO SERVIÇO – VICISSITUDES

Diante de todas as normas tendentes à proteção do consumidor, parte mais fraca da relação processual, o CDC prevê a responsabilidade objetiva dos fornecedores, talvez um dos motivos que levam grandes sociedades empresárias, em especial as instituições financeiras, a se insurgirem, de todo modo, aos ditames da norma consumerista.

O motivo principal é que o legislador adotou a então denominada teoria do risco do empreendimento⁶¹ para a responsabilização dos fornecedores de produtos ou serviços, fruto da ideologia da socialização dos riscos.

Diferencia a Lei nº 8.078/90, as hipóteses de fato do produto ou do serviço e vício do produto ou serviço, implementando dois sistemas distintos de responsabilidade civil.

Nas hipóteses de fato do produto ou do serviço estaremos sempre diante de um acidente de consumo, uma quebra no dever de segurança, ao que se observa do teor do art. 12, que trata da responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto.

Acerca do dever de segurança, Claudia Lima Marques⁶² expõe interessantes lições no que diz respeito ao binômio qualidade x adequação:

A teoria da qualidade, de Antônio Herman Benjamin, bifurcar-se-ia, no sistema do CDC, na exigência de qualidade-adequação e qualidade-segurança, segundo o que razoavelmente se pode esperar dos produtos e dos serviços. Nesse sentido, haveria vícios de qualidade por inadequação (art. 18 e ss.) e vícios de qualidade por insegurança (arts. 12 a 17) (o CDC não menciona os vícios por insegurança, e sim a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço e a noção de defeito; esta terminologia nova, porém, é muito didática, ajudando na interpretação do novo sistema de responsabilidade).

Observe-se que os arts. 8º, 9º e 10 proíbem a colocação e oferecimento de produtos e serviços que acarretam riscos à saúde e segurança dos consumidores,

⁶¹ A Profa. Letícia Sardas define a teoria da seguinte maneira: “todo aquele que e disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo, tem o dever de responder pelos vícios ou defeitos dos bens ou dos serviços fornecidos, independentemente de culpa.” (SARDAS, Letícia de Faria. Aspectos da responsabilidade civil no código de defesa do consumidor. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 16, p. 52-59, v. 4. out. / dez. 2001. p. 57.).

⁶² MARQUES, Claudia Lima et al. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 10. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 295.

cabendo aos fornecedores o dever de informação do manuseio apropriado dos produtos, através de impressos apropriados, por exemplo.

Caberá ainda, em se tratando de produtos e serviços potencialmente nocivos, o dever de informação em caráter ostensivo, vendando-se a disponibilização de produtos ou serviços que apresentam elevado grau de periculosidade à segurança e à saúde do consumidor.

Portanto, o defeito é uma anomalia que compromete a segurança do produto ou serviço. O consumidor ao adquiri-los espera o bom funcionamento ou a boa prestação. Havendo dano físico ou patrimonial, restará configurado o acidente de consumo.

Exemplo notório do dever de segurança envolve a responsabilidade civil do incorporador ou construtor. Denota-se que nas últimas décadas, o crescimento imobiliário foi assustador, especialmente em áreas até então isoladas, especialmente no Estado do Rio de Janeiro, a exemplo da Barra da Tijuca.

A sociedade fluminense se deparou, há poucos anos, com o trágico evento ocorrido com o edifício Palace II, que culminou na morte de diversas pessoas, além do desalojamento de diversas famílias, em decorrência do desmoronamento do referido edifício, em razão de má qualidade na construção e no emprego dos materiais.

Não temos dúvida, até porque encontramos amparo na melhor doutrina, de que o incorporador ou construtor se obriga a garantir a segurança e qualidade de seu empreendimento, em razão dos princípios constantes do CDC. Não há falar, portanto, em não incidência do Código de Defesa do Consumidor por haver lei específica que regula a matéria (Lei nº 4.591/64), mesmo porque a lei consumerista faz expressa menção às atividades relativas aos construtores, que configuram verdadeira modalidade de prestação de produtos e serviços.

A opinião do Prof. José de Aguiar Dias⁶³, em elogio a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço merece nossa integral transcrição, pois será de grande auxílio na compreensão de cada modalidade de responsabilidade instituída pelo CDC, como se observa:

É correta a lei ao adotar a responsabilidade pelo fato do produto e dos serviços. Essa responsabilidade independe da culpa e não pode ser de

⁶³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1. p. 365.

outro modo, sob pena de converter-se em uma garantia ilusória, dada a impossibilidade de arcar o consumidor com o ônus da prova dos defeitos do produto ou da má execução dos serviços. A lei define, de maneira clara, o que se deve entender como produto ou serviço defeituoso.

3.4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO

A responsabilidade civil pelo fato do produto, como visto linhas acima, decorre da quebra do dever de segurança, gerando, então, um acidente de consumo. Em outras palavras, o produto apresenta um defeito que ultrapassa a esfera patrimonial da vítima, alcançando conseqüências extrapatrimoniais, em razão de um acontecimento externo.

Acerca do sistema de responsabilização civil, prevê o art. 12 que:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Tendo em vista que a definição de fato do produto nos leva à visualização de um acidente de consumo, ocasionado pela quebra de um dever de segurança, haverá a responsabilidade civil do fornecedor sempre que o evento gerar um dano moral ou material ao consumidor ou a potencialidade de sua ocorrência.

Quanto ao ônus da prova dos elementos configuradores da responsabilidade civil, deixaremos para analisar em outro capítulo, quando tratarmos da inversão do ônus

da prova, mas afirmamos desde já que caberá ao consumidor, salvo determinação em contrário, a comprovação do dano e do nexo de causalidade, enquanto que o fornecedor deverá elidir as presunções em seu desfavor e demonstrar as excludentes de sua responsabilidade.

Consagra o art. 12 a responsabilidade civil objetiva ao se utilizar da expressão “independentemente da existência de culpa”. Em outras palavras, aquelas pessoas elencadas no dispositivo em epígrafe serão responsabilizados pela efetiva ou potencial ocorrência do dano, em razão de um acidente de consumo, sem que haja qualquer aferição do elemento culpa que, como já analisado, é visto por muitos doutrinadores como elemento acidental da responsabilidade civil.

Não é a toa que os arts. 9º e 10 alertam os fornecedores para o dever de informação, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da nocividade ou periculosidade de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança, além de proibirem a disponibilização no mercado de consumo de produtos ou serviços que sabe ou deveria saber o fornecedor, apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

A norma relativa à responsabilidade civil pelo fato do produto não poderia ser mais brilhante. Se o legislador pretendeu proteger o consumidor através da edição do CDC, por ser este a parte mais vulnerável da relação, a objetivação da responsabilidade civil não seria suficiente, daí a justificativa da instituição da solidariedade entre os fornecedores e a responsabilidade subsidiária do comerciante, como se verá mais adiante.

É uma espécie de responsabilidade legal, pois há quebra no dever de segurança, a inobservância ao dever anexo de qualidade, já mencionado linhas acima.

Por força da vedação constante do §3º do art. 12, não poderá o fornecedor ou comerciante alegar quaisquer excludentes de responsabilidade, mas tão-somente as hipóteses eximentes previstas no aludido dispositivo, ou seja, quando não tenha colocado o produto no mercado, fato muito comum nos últimos anos, diante do crescimento da pirataria; quando demonstrar que não há qualquer defeito no produto; ou nas hipóteses de culpa⁶⁴ exclusiva do consumidor ou terceiro.

José de Aguiar Dias⁶⁵ com sua vivacidade ressaltou que:

⁶⁴ Acreditamos que a melhor expressão seria “fato exclusivo do consumidor ou de terceiro”, tendo em vista que a responsabilidade é objetiva, não se aferindo, conseqüentemente, a culpa, conforme asseveram também os críticos à redação deste dispositivo.

⁶⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1. p. 365.

A defesa, na ação do consumidor, é restrita à prova negativa do fato gerador, inexistência do defeito do produto ou do serviço, à culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, que só pode ser o *poenitus stranei*, e não pessoa de qualquer modo relacionada com o fornecedor. Não foi considerada no texto a força maior, a que é equiparado, na doutrina e na jurisprudência, o fato de terceiro. Embora se torne cada vez mais limitado o conceito de força maior ela pode ocorrer, como próprio fato de terceiro estranho.

Todavia, a doutrina se divide quando se trata do reconhecimento do caso fortuito e força maior como excludentes de responsabilidade civil nas relações de consumo.

Esta resistência se dá pelo fato de o legislador ordinário ter se quedado silente quanto à possibilidade de aplicação destas excludentes em matéria de consumo. Para parte da doutrina, caberia ao fornecedor invocar as hipóteses eximentes a partir de uma aplicação subsidiária do Código Civil.

De início, merece destaque que a doutrina não é unânime no que se refere a distinção entre o fortuito e a força maior. Há autores que entendem ainda, ser desnecessária qualquer divagação entre estes dois institutos, bastando apenas ter em mente que são acontecimentos que guardam relação com a previsibilidade e inevitabilidade, características estas que diferenciarão os dois institutos, conforme as lições do saudoso Prof. De Plácido e Silva.

O fortuito é acontecimento imprevisível e inevitável, dividindo-se em interno e externo. O primeiro não exime o agente, por fazer parte do risco da atividade. Já em relação ao fortuito externo, a doutrina e a jurisprudência ainda não se firmaram em um entendimento, e tendem a analisar o caso concreto para aplicação da excludente.

A força maior se configura por um fato de ordem superior, previsível e irresistível, capaz de autorizar o inadimplemento de uma obrigação e a exclusão da responsabilidade de uma pessoa em razão de um ato imperioso sem que o agente tenha desejado.

Para os adeptos da impossibilidade de se invocar o fortuito e força maior sustenta-se que pelo risco do empreendimento deve o fornecedor arcar com o ônus da atividade.

Entretanto, encontramos em sentido contrário, autoridades que defendem a possibilidade de se invocar o caso fortuito e o motivo de força maior em matéria de CDC. O fundamento invocado demonstra que essas excludentes envolvem elementos

fáticos, que envolvem o exame de provas, daí porque a desnecessário o preceito legal para a exclusão. Trata-se de causa diversa e, por isso, rompe o nexo de causalidade, o que leva a se sustentar a desnecessidade de previsão normativa.

Além disso, a imprevisibilidade e irresistibilidade são fatores que merecem relevo quando se tratar de eventos que envolvam hipóteses de caso fortuito e força maior, situações aptas a romper o nexo de causalidade. A propósito, o Prof. Aguiar Dias já havia afirmado que a força maior poderia ocorrer sob a forma de fato de terceiro estranho, daí porque, inegável a possibilidade de se invocar as duas hipóteses eximentes.

Nossa opinião é um misto das duas correntes. Entendemos que apesar de a lei consumerista não prever as excludentes ora examinadas, acreditamos na sua aplicabilidade nas relações por ela protegidas. Entretanto, ainda que seja impossível o reconhecimento das excludentes, acreditamos que em uma única hipótese, ao menos, é imperiosa a sua aplicabilidade.

O CDC ao instituir um sistema protetivo das partes mais vulneráveis, houve por bem, em mitigar o regramento de responsabilidade civil, em se tratando de fato do serviço ocorrido em decorrência de relação figurada por profissionais liberais, estabelecendo assim, a responsabilidade civil subjetiva.

Acreditamos que esta previsão da responsabilidade tem em seu espírito a garantia de subsistência do profissional, permitindo-lhe que possa trazer ao processo a discussão relacionada a sua parcela de culpa na ocorrência do evento.

Portanto, se o CDC confere a responsabilidade subjetiva aos profissionais liberais em matéria de fato do serviço, seria uma manifesta assimetria do sistema vedar que estes mesmos profissionais não pudessem invocar o caso fortuito e a força maior como institutos aptos a eximir sua responsabilidade civil.

Se o profissional liberal pode argumentar seu grau de culpa não vemos óbice para que o mesmo possa aventar as questões relativas às excludentes ora discutidas.

Todavia, corroborando a impossibilidade invocar o caso fortuito como hipótese excludente da responsabilidade civil, o TJERJ editou o Enunciado nº 94 da súmula de sua jurisprudência, afirmando que em se tratando de relação de consumo, o fortuito interno decorrente de fato de terceiro, não exclui o dever de indenizar dos fornecedores de produtos ou serviços.

Tratando-se de fato do produto, o ônus da prova se inverte, configurando o que a doutrina classifica como inversão do ônus da prova *ope legis*⁶⁶, pois cabe ao fornecedor demonstrar que não há que se cotejar qualquer presunção de defeito ou falha, pois inexistentes.

Prevê ainda, o art. 17 o conceito de consumidor por equiparação ou *by stander*, como classifica a ilustre Claudia Lima Marques. Para os efeitos da lei, todas as vítimas envolvidas no evento - acidente de consumo - são consideradas consumidoras, conforme já demonstrado acima.

Em similitude à equiparação dos consumidores, o comando previsto no art. 7º, parágrafo único, prevê que havendo mais de um autor no evento danoso, todos responderão solidariamente pela reparação dos prejuízos de acordo com as normas constantes no CDC.

Ainda assim, verifica-se que o art. 13 institui a subsidiariedade da responsabilidade civil do comerciante em relação ao fabricante, construtor, produtor ou importador, sempre que algum destes não puder ser identificado, quando o produto não apresentar identificação clara de seus fornecedores, ou quando o comerciante não conservar adequadamente os produtos que disponibiliza no mercado.

Observe-se que o Prof. Sergio Cavalieri alerta para as três modalidades de responsáveis previstas neste dispositivo, a saber: real (fabricante, construtor e produtor), presumida (importador) e aparente (comerciante).

A subsidiariedade do comerciante é uma regra de fundamental importância, uma vez que esse caráter subsidiário é imposto pelo fato de o comerciante não dispor de meios para controlar a qualidade e segurança dos bens.

Nada impede, todavia, que o prejudicado promova ação regressiva em face do real causador do dano, na medida de sua culpabilidade na ocorrência do evento danoso⁶⁷, conforme prevê o parágrafo único do art. 13.

Partindo para a segunda parte do primeiro sistema de responsabilidade civil do CDC, temos o regramento que diz respeito ao fato do serviço, consagrado no art. 14, que ora transcrevemos para melhor compreensão:

⁶⁶ As modalidades de inversão do ônus da prova serão examinadas no capítulo seguinte.

⁶⁷ O exemplo mais comum é aquele relatado pela doutrina do comerciante que não conserva corretamente os produtos perecíveis (como alimentos que necessitam de refrigeração) ou os oferece sem identificação devida, dentre outros casos.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Em relação ao sistema anterior, modifica-se apenas o objeto, que deixa de ser o fornecimento de um produto, passando a uma prestação de serviço. De resto, o regramento é o mesmo, pois a responsabilidade do prestador de serviços é objetiva, ou seja, independentemente da existência de culpa. Contudo, veremos mais adiante que a responsabilidade do profissional liberal tem regramento próprio, conforme §4º do art. 14 do CDC.

Qualquer dano efetivo ou potencial decorrente da prestação de serviços, ou pela insuficiente ou inadequada informação dos riscos do serviço, culminará na responsabilização do prestador.

Configura-se defeituoso qualquer serviço que não apresente a segurança esperada pelo consumidor, concorrendo para tanto, as circunstâncias relativas ao modo de sua prestação, o resultado e os riscos que dele se espera e a época em que foi prestado. Por outro lado, a própria lei é clara ao garantir que a adoção de novas técnicas não implica em defeito na prestação do serviço, desde que alcançado seu resultado regular.

A lei consumerista também não poderia deixar de prever as hipóteses de exclusão da responsabilidade civil pelo fato do serviço. De acordo com o aludido diploma legal, a demonstração de inexistência de defeito ou que a culpa⁶⁸ decorre exclusivamente do consumidor ou de terceiro, também eximem a responsabilidade do fornecedor de serviços, ao que se observa do §3º, do art. 14.

⁶⁸ Conferir nota 64.

Como já dito, o §4º do citado artigo traz uma exceção ao sistema de responsabilidade civil objetiva, quando se tratar de profissionais liberais. Mais adiante, veremos que essa exceção se estende apenas à responsabilização pelo fato do serviço.

Destaque-se que a majoritária doutrina entende que o prazo prescricional para a pretensão de reparação de acidente de consumo observa o prazo de cinco anos previsto no art. 27 do CDC, e não o novo prazo introduzido pelo CC, de três anos, tendo em vista que a norma consumerista é especial em relação ao CC, apesar de esta ser posterior o que gera um conflito entre os critérios de resolução de antinomias, apesar de já termos dito que as duas normas estabelecem o “diálogo de fontes”.

3.4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO VÍCIO

Apresentada a primeira classe de responsabilidade civil prevista no Código de Defesa do Consumidor, relativa ao fato do produto e do serviço, passamos a voltar nossa atenção à segunda modalidade, que diz respeito aos vícios dos produtos e dos serviços.

O vício do produto ou serviço ocorre quando há anomalia que prejudique a qualidade ou quantidade do produto ou serviço, uma falha em sua adequação e prestabilidade, ocasionando, por conseguinte, uma depreciação em seu valor, uma inadequação ou até mesmo impropriedade.

Por se tratar de prejuízo econômico causado ao consumidor o CDC coube por bem em instituir um sistema eminentemente protecionista, uma vez que o consumidor pressupõe a presteza do produto e serviço que lhe é disponibilizado. Se assim não o fosse, deveria o consumidor aguardar estudos e análises técnicas de todos os produtos e serviços do mercado. Daí decorre a ilação de que a responsabilidade pelo vício é decorrente de um dever anexo, o de adequação.

A doutrina diferencia as espécies de vício, pois em se tratando de inadequação, os produtos ou serviços apresentam impropriedade, diminuição do valor ou disparidade informativa, enquanto que simples vício do produto ou do serviço configura uma quebra em sua qualidade ou quantidade.

Diga-se de passagem, o vício pode ser de fácil constatação (aparente) ou oculto, estando ambas as hipóteses protegidas pela lei. Entretanto, em relação aos vícios ocultos, os prazos constantes da norma consumerista só terão início a partir do momento

de sua constatação, quando se tornar evidente para o consumidor⁶⁹, por se tratar de causa obstativa⁷⁰ do prazo decadencial.

A ocorrência de vício no produto culmina na responsabilização do fornecedor pelos prejuízos materiais ocasionados ao consumidor, além de uma possível compensação por ameaça de dano extrapatrimonial. Nesse ponto, devemos estar atentos, pois apenas a ameaça de dano é que permite a responsabilização por vício, uma vez que o efetivo dano extrapatrimonial ocasionará a responsabilidade pelo fato, tendo em vista restar caracterizada a quebra no dever de segurança.

O Acórdão da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça⁷¹ trata com muita lucidez da teoria da qualidade dos produtos destinados ao consumo, capitaneada pelo Ministro Antônio Herman V. Benjamin e sobejamente defendida pelo Desembargador José Carlos Maldonado de Carvalho, como vemos da ementa abaixo transcrita:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRODUTO IMPRÓPRIO PARA O CONSUMO. TEORIA DA QUALIDADE. DANO MORAL. O novo regime jurídico reconhece, no que se refere aos vícios do produto ou do serviço, como objetiva a responsabilidade do fornecedor, desprezando, assim, a responsabilidade assente na culpa (subjativa). Sob o foco da Teoria da Qualidade, dá-se ênfase ao dever geral a que se submetem todos os produtos e serviços que são postos em circulação ou prestados no mercado de consumo. Protege-se, em última análise, a confiança que o produto ou o serviço despertou no consumidor, e mais, o que razoavelmente deles se esperam (art. 20, § 2º, do CDC). Firma-se, assim, a certeza de que os produtos deteriorados, alterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação, são impróprios para o consumo (art. 18, II, CDC). Evitar o vício de qualidade do produto é dever legal de todos os fornecedores da cadeia de produção, cuja responsabilidade nasce com a simples violação desse dever, que não tem como pressuposto a culpa. O arbitramento do valor indenizatório por dano moral, contudo, há de ajustar-se aos limites do razoável, já que não atua como meio de enriquecimento, mas, em última análise, como

⁶⁹ Neste sentido: STJ - RESP - RECURSO ESPECIAL - 442368 - PROCESSO Nº 200200757010 - MIN. JORGE SCARTEZZINI; TJERJ - APELAÇÃO CÍVEL - PROCESSO Nº 2005.001.54376 - DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL - DES. CELIA MELIGA PESSOA; TJERJ - APELAÇÃO CÍVEL - PROCESSO Nº 2005.001.17056 - SEXTA CÂMARA CÍVEL - DES. MALDONADO DE CARVALHO.

⁷⁰ Vale a ressalva de que somente os prazos prescricionais podem ser suspensos e interrompidos, o que levou a doutrina a afirmar que as causas referidas no art. 26, §2º do CDC obstam o início do prazo decadencial, conforme a literalidade do dispositivo em exame.

⁷¹ DES. MALDONADO DE CARVALHO - Julgamento: 30/05/2006 - PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL - 2006.001.21283 - APELAÇÃO CÍVEL

satisfação pessoal da parte ofendida. A falta de critério objetivo ou legal, a indenização do dano moral deve fazer-se por arbitramento, com ponderação e racionalidade, levando-se em conta a natureza da lesão, as condições da vítima e o atuar ilícito do agente. RECURSO IMPROVIDO.

A teoria mencionada no acórdão em epígrafe pretende garantir o dever geral de qualidade e a confiança dos produtos e serviços oferecidos aos consumidores, sendo, destarte, impróprios para o consumo os produtos que não atendam às especificações técnicas, ou que, de qualquer outro modo, não ostentem a qualidade que se é de esperar, assim enumeradas no aresto acima mencionado.

Entretanto, não apenas os vícios de qualidade são previstos no CDC. A proteção contra vícios de quantidade e informação também se encontra consagrada no ordenamento.

O vício de quantidade se configura quando o produto apresenta variação em seu quantitativo métrico. Logo, variações métricas, diminuição de peso e volume que não constem do rótulo da embalagem ocasionam o vício em tela.

A bem da verdade, o critério adotado pelo legislador sofre exceções, como veremos quando da análise do art. 19, que trata da solidariedade entre fornecedores no que se refere aos vícios de quantidade do produto.

Por último, há a hipótese de vício de informação, que se caracteriza por uma violação ao dever objetivo de informação que o fornecedor deve observar quando oferece um produto ou serviço ao mercado de consumo. Esse dever diz respeito a diversas informações que o fornecedor deve apresentar, de modo claro, correto, ostensivo e em língua portuguesa, tais quais: características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, validade, origem e riscos.

Frise-se que, visando a celeridade na satisfação da pretensão do consumidor, a aplicação das hipóteses previstas no art. 18 se torna imperiosa, o que nos leva a concluir que em matéria de vícios decorrentes por disparidade informativa, também caberá a responsabilização do comerciante, ainda que a resolução do vício só possa ser efetuada pelo fabricante.

Seguindo este raciocínio o CDC prevê em seu art. 18 as idiosincrasias da responsabilidade civil pelo vício do produto, como se denota do dispositivo ora transcrito:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

§ 2º Poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor.

§ 3º O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.

§ 4º Tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1º deste artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1º deste artigo.

§ 5º No caso de fornecimento de produtos in natura, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor.

§ 6º São impróprios ao uso e consumo:

I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Não temos dúvida de que a responsabilidade civil pelo vício do produto é de natureza objetiva, apesar de haver corrente minoritária que sustente ser modalidade de responsabilidade civil subjetiva, considerando que o CDC não se utilizou da expressão “independentemente da existência de culpa”, empregada na responsabilidade civil pelo fato, conforme arts. 12 e 14.

Portanto, em se tratando de bens de consumo duráveis e não duráveis, os fornecedores respondem, de modo solidário, por vícios de qualidade ou quantidade que

os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza⁷², podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Para o saneamento do vício do produto possibilita a norma consumerista que o consumidor opte por três alternativas, a saber: a substituição do bem (inciso I), o abatimento do preço (inciso II) ou a restituição da quantia paga (inciso III), quando o vício não for sanado no prazo de 30 (trinta) dias, de acordo com os termos do §1º do art. 18.

Esse prazo para o saneamento do vício pode ser ampliado ou reduzido por convenção das partes, não podendo, contudo, ser o referido prazo ser inferior a 7 (sete) nem superior a 180 (cento e oitenta) dias, conforme previsão do §2º. Atento para a desproporção entre os integrantes das relações de consumo, afirma o aludido parágrafo que nos contratos de adesão, a cláusula relativa ao prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor.

Quando, em razão da extensão do vício, a substituição das partes defeituosas comprometer a qualidade ou as características do produto, ou diminuir-lhe o valor, além daqueles produtos considerados essenciais, o consumidor poderá se valer de imediato das alternativas constantes do §1º, que permitem a substituição do bem, o abatimento do preço ou a restituição da quantia paga.

Vedando qualquer enriquecimento ilícito dos fornecedores, permite o CDC, através do § 4º do art. 18, a substituição do produto viciado por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante a complementação ou restituição de eventual diferença de preço quando o consumidor optar pela substituição do bem (inciso I) e esta se demonstrar impossível. De qualquer sorte, a liberalidade ora mencionada não trará qualquer prejuízo no disposto nos incisos II e III, do § 1º do art. 18.

Acerca do fornecimento de produtos *in natura*, prevê o código no §5º do art. 18 que a responsabilidade por danos causados ao consumidor será do fornecedor imediato, salvo quando possível a clara identificação do produtor.

O conceito de produto *in natura* decorre do resultado da atividade a que este provém. Logo, aqueles decorrentes de atividades extrativistas, agrícolas, dentre outras

⁷² É o caso dos produtos que variam conforme a temperatura ou exposição ao meio ambiente, fenômeno muito comum em alimentos.

que não sofram interferência de processos de industrialização são considerados produtos *in natura*.

Constituem-se produtos impróprios para o consumo e para uso aqueles que apresentem sua validade vencida, estejam deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação e, por fim, quando, por qualquer razão, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Da mesma forma que o art. 13, a norma inserta no art. 19 implementa relação entre os fornecedores, não de subsidiariedade, entretanto, mas de solidariedade, sempre que restarem caracterizados os vícios na quantidade do produto⁷³, assim entendidos como conteúdo líquido inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, permitindo ao consumidor que possa escolher dentre três alternativas, a saber: o abatimento proporcional do preço, a complementação do peso ou da medida, a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem quaisquer vícios, ou a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

Como ressaltamos em momento anterior, o critério adotado no art. 19 é por deverás subjetivo, principalmente se analisadas as hipóteses de exceção, abordadas pela norma quando se refere às “variações decorrentes de sua natureza”.

O §2º da epigrafada norma prevê ainda a responsabilidade do fornecedor imediato quando o vício na quantidade do produto advir de pesagem ou medição de instrumento não aferido segundo os padrões oficiais.

Em matéria de vícios de serviços, a tônica do CDC não foge à sistemática até então analisada, pois estes vícios se apresentam sob a forma de prejuízo patrimonial ocasionado ao consumidor.

Não se deve confundir, todavia, a sistemática dos vícios redibitórios constante do CC, pois fundada em premissas totalmente distintas. Para o Código Civil, configuram-se vícios redibitórios os defeitos ocultos que tornem imprópria a coisa recebida em razão de contrato de caráter comutativo.

⁷³ O art. 19 ressalta, entretanto, que serão respeitadas as variações decorrentes da natureza do produto.

O objeto do contrato consumerista se revela sob a modalidade de obrigação de fazer, fundada em um dever de adequação e qualidade, em razão dos fins a que o consumidor espera no cumprimento da obrigação.

A matéria relativa à responsabilidade civil pelos vícios dos serviços guarda guarida no art. 20, que ora transcrevemos:

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

§ 1º A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.

§ 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

Trata-se de responsabilidade civil objetiva, apesar de haver doutrina em contrário, como já exposto.

Haverá a responsabilização do fornecedor de serviços sempre que restarem configurados os vícios de qualidade que tornem os serviços impróprios ao consumo ou diminuam o seu valor, bem como por qualquer disparidade das indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, cabendo ao consumidor exigir a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível, a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos ou o abatimento proporcional do preço.

O serviço também pode apresentar vícios na qualidade e na informação, conforme já visto ao estudarmos os vícios dos produtos. Aqui, o vício de qualidade expressa uma inadequação do serviço proveniente do não alcance de uma finalidade esperada pelo consumidor, não se confundindo, por óbvio, com uma obrigação de resultado⁷⁴.

⁷⁴ Se o advogado age com lisura e eficiência na defesa dos interesses do seu constituinte, atentando ainda para o dever de informação, através da exposição dos riscos e conseqüências da lide, não se pode impor o ônus da responsabilidade caso o pedido formulado seja julgado improcedente.

Faculta o CDC que o fornecedor confie a terceiros devidamente capacitados a reexecução dos serviços que, todavia, correrão por sua própria conta e risco, conforme ilação do disposto no art. 20, do §1º do CDC.

Por fim, mantendo a mesma sistemática dos artigos anteriores, descreve a norma consumerista as hipóteses de impropriedades dos serviços, que ocorrem quando estes se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, assim como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

Em relação aos prazos, goza o consumidor de prazo decadencial de 30 dias para reclamar vícios aparentes de produtos não duráveis, e 90 dias para produtos duráveis, sendo que obstat⁷⁵ o curso do prazo a instauração de inquérito civil e a reclamação formulada pelo consumidor perante o fornecedor, desde que comprovada. Em ambos os casos o prazo só começará a fluir da data em que transmitida a resposta ou que for concluído o inquérito.

3.4.2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL NOS SERVIÇOS PÚBLICOS

O art. 6º, X e art. 22 do CDC cuidam da garantia da prestação de serviços públicos com a estrita observância dos princípios da adequação, eficiência⁷⁶, continuidade⁷⁷ e segurança.

Aplicam-se aos entes públicos, assim entendidos como as pessoas jurídicas de direito público interno, integrantes da administração pública direta e indireta, os mesmos sistemas constantes dos arts. 12, 14, 18 e 20, que tratam da responsabilidade civil pelo fato e vício dos produtos e serviços prestados.

Ao tratar das pessoas jurídicas, o Código Civil, na mesma esteira que a Constituição Federal instituiu a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público interno, impondo o caráter objetivo, não se aferindo, portanto, a culpa do ente estatal. Entretanto ambas as normas prevêm o direito de regresso contra os causadores do dano, se restar configurada a culpa ou dolo destes.

A responsabilidade civil do Estado surgiu do desenvolvimento doutrinário e legislativo contemporâneo, como já afirmado no estudo da culpa.

⁷⁵ Conferir nota de nº 70.

⁷⁶ O princípio da eficiência se encontra previsto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

⁷⁷ A definição dos serviços considerados essenciais se encontra prevista na Lei nº 7.783/89 (Lei de Greve).

A primeira teoria acerca da responsabilidade civil Estado foi a da culpa administrativa, onde a responsabilidade era desvinculada da culpa de um funcionário, admitindo-se a responsabilidade do Estado sempre que ficasse caracterizada a culpa anônima do serviço, ou o acidente administrativo. Por esse novo enfoque, o agente público deixou de ser julgado, passando a sê-lo o serviço.

Por conseguinte passou-se a invocar a teoria da falta impessoal do serviço que preconizava a responsabilidade do Estado em decorrência da má execução do serviço, por sua prestação tardia, ou pela total ausência do serviço.

Após a superação das duas teorias anteriormente citadas, houve o surgimento da teoria do risco administrativo ou da responsabilidade objetiva. Pela teoria do risco, o Estado é responsável pelos danos causados por seus agentes, sendo suficiente a demonstração do nexos causal, não se exigindo que haja culpa nem do Estado nem do agente, conforme prevê o art. 37, §6º da CF.

O dispositivo constitucional estabelece para todas as entidades e seus desmembramentos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Estabeleceu-se, portanto, o princípio da responsabilidade sem culpa⁷⁸, ou melhor, objetiva⁷⁹, pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados.

É de se ressaltar que os serviços públicos próprios, decorrentes da relação de cidadania e desempenhados pelo Estado não se encontram sob o pálio do CDC⁸⁰, uma vez que se destinam ao bem comum, à generalidade das pessoas, como se dá na saúde pública, segurança e prestação jurisdicional⁸¹.

Entretanto, quando o serviço público estatal for destinado a uma pessoa interessada, mediante pagamento direto ao ente estatal, estará configurada a relação consumerista.

⁷⁸ Entendemos que é equivocada a classificação “responsabilidade sem culpa”. Na realidade, não deve o magistrado aferir se houve ou não concorrência culpa do ente, uma vez que este requisito, por ser acidental, não é pressuposto da responsabilidade, bastando apenas a análise do dano e do nexos de causalidade.

⁷⁹ Em matéria de omissão, entretanto, a responsabilidade civil do Estado é subjetiva.

⁸⁰ Também não se encontram sob o âmbito de incidência os atos regulares praticados por membros do Ministério Público e do Poder Judiciário quando no exercício de sua função, salvo as hipóteses de erro judiciário no processo penal, decorrente do cumprimento de pena superior ao que for cominado em sentença condenatória.

⁸¹ Por se tratar de serviço *uti singuli* sob a ótica de alguns doutrinadores, encontramos vozes sustentando a aplicabilidade do CDC em matéria de prestação jurisdicional.

A teoria do risco administrativo busca distribuir igualmente o ônus decorrente da atividade estatal por toda a sociedade. Se um determinado indivíduo suporta uma consequência da atuação do Estado de modo diferenciado, esse encargo especial deve ser redistribuído por toda a sociedade através da fixação de uma indenização, o que configura o princípio da socialização dos riscos.

Importante ressaltar que a responsabilidade civil do Estado é regida por princípios próprios decorrentes de sua posição jurídica. Os danos causados pelo Poder Público resultam do exercício de funções que visam atender interesses da sociedade. Esse mecanismo de compartilhamento do custeio público importa em uma concepção verdadeiramente inédita em relação ao Direito Privado. Ali, a responsabilidade civil tem função eminentemente reparadora e sancionadora. Aqui, uma função distributiva.

Isto posto, temos como consequência o fato de que enquanto no Direito Privado, geralmente, a responsabilidade só incide em atos ilícitos, no Direito Administrativo não é relevante que o comportamento do Estado seja lícito ou ilícito, já que, em qualquer caso, há de se repartir as consequências de suas funções.

Saliente-se que o alcance da norma prevista no CDC não possui caráter absoluto, mesmo porque, poucas são as normas⁸² em nosso ordenamento jurídico que se revestem de caráter absoluto.

Neste sentido a jurisprudência já firmou entendimento no sentido de que é vedada a aplicação do CDC no que diz respeito ao pagamento de tributos. E a orientação não podia ser diferente, uma vez que a relação tributária não se constitui voluntariamente, ao que se dá nas relações consumeristas. Ademais, o pagamento de impostos, por exemplo, independe de atividade estatal relativa aos contribuintes (art. 16 do CTN).

Em matéria de taxas⁸³, apesar de relacionadas a um serviço público efetivo ou potencial também não poderiam se constituir sob a forma de relações de consumo, tendo em vista que suas características, a especificidade e divisibilidade não se relacionam com o espírito preconizado no CDC.

⁸² Veja, a exemplo, o direito a vida, que comporta exceção no período de guerra e o direito à propriedade que se condiciona ao exercício da função social. Há alguns doutrinadores que defendem existir apenas dois direitos absolutos no ordenamento jurídico brasileiro, a proibição de submissão à condição análoga à escravidão e a proibição da tortura.

⁸³ As taxas também se destinam ao exercício regular do poder de polícia, conforme previsão constante do art. 77 do CTN. Destarte, sendo regular o exercício desse poder, não há falar em responsabilidade civil do Estado.

A propósito, vale o registro da jurisprudência do STJ⁸⁴ que autoriza a interrupção no fornecimento de serviços de eletricidade desde que comprovada a inadimplência do usuário – consumidor – e sua prévia notificação para efeitos de corte.

Para o Egrégio Sodalício, contudo, o critério da essencialidade do serviço vem sendo mitigado, em sede de interrupção do serviço, quando se tratar de consumidor hipervulnerável. Nestes casos, o corte se apresenta abusivo cabendo ao Poder Judiciário a proteção do consumidor.

⁸⁴ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. ENERGIA ELÉTRICA. INADIMPLÊNCIA. CORTE NO FORNECIMENTO. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DOS ARTS. 22 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E 6º, § 3º, II, DA LEI Nº 8.987/95.

1. O artigo 22 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), dispõe que "os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos".

2. O princípio da continuidade do serviço público assegurado pelo art. 22 do Código de Defesa do Consumidor deve ser temperado ante a exegese do art. 6º, § 3º, II da Lei nº 8.987/95, que prevê a possibilidade de interrupção do fornecimento de energia elétrica quando, após aviso, permanecer inadimplente o usuário, considerado o interesse da coletividade. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido. (STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 768854 Processo: 200600914086 - SEGUNDA TURMA - CASTRO MEIRA)

ADMINISTRATIVO – SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO – ENERGIA ELÉTRICA – INADIMPLÊNCIA.

1. Os serviços públicos podem ser próprios e gerais, sem possibilidade de identificação dos destinatários. São financiados pelos tributos e prestados pelo próprio Estado, tais como segurança pública, saúde, educação, etc. Podem ser também impróprios e individuais, com destinatários determinados ou determináveis. Neste caso, têm uso específico e mensurável, tais como os serviços de telefone, água e energia elétrica.

2. Os serviços públicos impróprios podem ser prestados por órgãos da administração pública indireta ou, modernamente, por delegação, como previsto na CF (art. 175). São regulados pela Lei 8.987/95, que dispõe sobre a concessão e permissão dos serviços público.

3. Os serviços prestados por concessionárias são remunerados por tarifa, sendo facultativa a sua utilização, que é regida pelo CDC, o que a diferencia da taxa, esta, remuneração do serviço público próprio.

4. Os serviços públicos essenciais, remunerados por tarifa, porque prestados por concessionárias do serviço, podem sofrer interrupção quando há inadimplência, como previsto no art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95. Exige-se, entretanto, que a interrupção seja antecedida por aviso, existindo na Lei 9.427/97, que criou a ANEEL, idêntica previsão.

5. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da igualdade das partes e ocasiona o enriquecimento sem causa, repudiado pelo Direito (arts. 42 e 71 do CDC, em interpretação conjunta).

6. Hipótese em que não há respaldo legal para a suspensão do serviço, pois tem por objetivo compelir o usuário a pagar multa por suposta fraude no medidor e diferença de consumo apurada unilateralmente pela Cia de Energia.

7. Recurso especial improvido. (STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RESP - RECURSO ESPECIAL – 793422 - Processo: 200501790550 - SEGUNDA TURMA - ELIANA CALMON)

Em síntese, a conclusão trazida por Roberto Lisboa⁸⁵ resume todos os apontamentos aqui delineados, razão pela qual ora transcrevemos:

Diante do exposto, pode-se afirmar que a Administração Pública, direta ou indireta, deve se submeter às normas do Código de Defesa do Consumidor sempre que fornecer um serviço público *uti singuli*, mediante o pagamento diretamente efetuado pelo consumidor a título de prestação correspondente.

Eis os principais casos de aplicação do Código de Defesa do Consumidor por responsabilidade do Estado: o fornecimento privado de energia elétrica, de água, gás ou telefonia; e os transportes coletivos aéreo, terrestre e marítimo.

3.4.3 EXCEÇÕES AO SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL – OS PROFISSIONAIS LIBERAIS

O profissional liberal tem regramento mitigado, pois a responsabilidade civil subjetiva diz respeito apenas às hipóteses de fato do serviço, como vemos das lições de Claudia Lima Marques⁸⁶, que ora transcrevemos:

A única exceção do sistema do CDC de responsabilidade objetiva é o §4º do art. 14 do CDC, que privilegia os profissionais liberais, retornando ao sistema subjetivo de culpa. Relembre-se que este artigo apenas se aplica ao caso de defeito no serviço, falhas na segurança deste, muito comum no caso dos médicos, mas pouco comum no caso dos advogados. As falhas de adequação dos serviços dos profissionais continuam regulados pelo art. 20 do CDC, com sua responsabilidade solidária e de estilo contratual, logo, sem culpa.

A única crítica ao referido posicionamento tem sustentáculo na própria doutrina que defende o equívoco de se referir a responsabilidade civil objetiva, como responsabilidade sem culpa.

Denota-se que no sistema objetivo, a culpa apenas deixa ser aferida pelo julgador, não impedindo, todavia, que o evento tenha ocorrido por uma negligência, imprudência ou imperícia.

Importa ressaltar que a culpa no Direito Civil tem um conceito mais amplo, pois abarca não só a culpa *stricto sensu*, mas também o dolo, diferente do que ocorre no

⁸⁵ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 215-216.

⁸⁶ MARQUES, Claudia Lima et al. op. cit. p. 248/249.

Direito Penal, onde o dolo e culpa são elementos distintos e levam à penalizações distintas.

Registre-se também que apesar de a lei não estabelecer critérios distintos para o arbitramento de indenizações por atos eminentemente dolosos ou culposos, defendemos, ao lado, da majoritária doutrina, que ao arbitrar a indenização, o magistrado deve observar a intensidade da culpa (*lato sensu*).

Um das hipóteses de responsabilidade civil dos profissionais liberais que tem grande relevância doutrinária e jurisprudencial diz respeito à ocorrência do erro médico.

Ao diferenciar obrigação de meio e de resultado Claudia Lima Marques⁸⁷ afirma:

Nunca e demais repetir que a concentração feita do sistema do CDC no serviço prestado não significa que todas as obrigações de fazer passam a ser obrigações de resultado. Se a obrigação é de meio (por exemplo, um tratamento médico, uma cirurgia), só se pode exigir que o fornecedor preste um serviço adequado para os fins que razoavelmente dele se espera (salas de cirurgia com o material necessário, limpas, preparar macas para emergências, ou um tratamento médico com remédios e exames normais para aquele caso), mas não se pode exigir que o serviço alcance um determinado resultado (cura do paciente ou evitar sua morte).

Já se o serviço é considerado obrigação de resultado (como vacinação, transfusão de sangue, exames simples, segurança dos instrumentos que utiliza e visitas, cirurgias estéticas), basta demonstrar o descumprimento do contrato, o vício do serviço. Em outros casos trata-se da responsabilidade por perda de uma chance ou de deveres inerentes à internação hospitalar e de deveres de pós-eficácia do contrato. Nestes casos, os limites são do próprio tipo de contrato que vincula as partes, não pertencendo à noção de vício do serviço instituído pelo CDC.

Escorando-se nos ensinamentos doutrinários, denota-se que a obrigação de meio se encontra presente em cirurgias de caráter emergencial ou reparador, a exemplo do cirurgião que, ao prestar socorro a acidentado que sofreu lesão estética, busca minorar as seqüelas decorrentes do acidente, não garantindo, todavia, resultado positivo em relação à melhoria do quadro estético do paciente.

Isto não ocorre, por oportuno, nas cirurgias estéticas de cunho embelezatório, pois nestas é latente a obrigação de resultado, haja vista que o profissional assume a

⁸⁷ MARQUES, Claudia Lima et al. op. cit. p. 310.

obrigação de alcançar o resultado esperado pelo paciente. Não há qualquer dever ético ou profissional sobre o médico, que goza de ampla discricionariedade, uma vez que não está obrigado a realizar a intervenção, quando entender que o resultado é impossível, o que o levará a recusa na realização da cirurgia, para que, futuramente, não seja responsabilizado por eventual falha na prestação de seus serviços, por não alcançar o resultado esperado pelo paciente.

Enfrentada a distinção entre a obrigação de meio e de resultado, verifica-se que o conceito fundante da responsabilidade civil por erro médico encontra guarida no que a doutrina classifica como consentimento informado.

Os delineamentos trazidos por Hildegard Taggesell Giostri⁸⁸ merecem nossa transcrição, pois são de muita valia para a compreensão do conceito de consentimento informado, como vemos:

Se a prestação obrigacional do cirurgião plástico, seja na área estética, seja na reparadora (dicotomia terminológica meramente didática, conforme já mencionado), se insere, em pé de igualdade, em uma obrigação de meio, contudo, há um elemento que as diferencia essencialmente e diz respeito à necessidade de informação a ser dada ao paciente, o que deve ser feito de maneira exaustiva, detalhada, compreensível e, por óbvio, por via expressa.

A par destas lições conclui-se que o consentimento informado é o dever de informação, a relação que deverá se estabelecer entre o médico e paciente, demonstrando aquele todos os procedimentos e conseqüências do procedimento cirúrgico e possíveis alternativas, cabendo ao paciente concordar – consentir – com as considerações do médico, sem que nenhum fator externo (v.g. coação, intimidação etc.) tenha influído em sua manifestação de vontade.

O profissional da medicina deve obter de seu paciente, ou do responsável deste, o consentimento relativo aos riscos e possíveis procedimentos a serem adotados, salvo hipóteses de intervenção obrigatória ou de estado emergencial, quando não se exigirá o dever de informação.

Esse dever encontra espeque nos arts. 6º, III e 9º do CDC, que prevêm o dever de informação adequada e ostensiva no fornecimento de produtos e serviços. Daí decorre o dever de cuidado, sigilo e, principalmente, de informação, esta última

⁸⁸ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. A responsabilidade civil dos profissionais médicos na área da cirurgia plástica. In: LEITE, Eduardo Oliveira (Org.). **Grandes temas da atualidade – responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 6. p. 319.

abrangendo todos aspectos relevantes relativos ao procedimento cirúrgico a ser praticado pelo profissional liberal.

Portanto, se pretende o médico demonstrar que o evento se deu em razão de um risco inerente a sua atividade, deve comprovar que forneceu ao paciente todas informações, obtendo deste o consentimento informado. Infelizmente, o que se observa nos dias de hoje é que os pacientes ou seus familiares são obrigados a preencher formulários extensos que não possuem nenhum caráter esclarecedor, mas, ainda assim, os tribunais têm rechaçado tais práticas em prol dos consumidores.

Note-se, todavia, que a regra concernente à responsabilização subjetiva alcança apenas os médicos, excluídos, destarte, as entidades hospitalares, que respondem objetivamente. Neste sentido, valem as lições de Luiz Claudio Silva⁸⁹:

Por outro lado, quando o médico integra o corpo profissional de uma empresa prestadora de serviço na área de saúde, a responsabilidade civil na reparação de danos causados ao paciente por erro médico ou ineficácia dos serviços prestados por este, deve ser atribuída à pessoa jurídica para a qual o médico presta seus serviços, agindo este como preposto daquela, a quem é assegurada apenas ação regressiva pelos prejuízos financeiros reparados ao paciente, desde que comprovada a culpa *lato sensu* do médico.

O mesmo acontece com os hospitais públicos, pois o ente público responde civilmente pelos danos causados a terceiro pelos seus servidores públicos, tendo apenas ação regressiva em face destes, desde que provada sua culpa, pois os mesmos agem como seus prepostos, valendo ressaltar que a responsabilidade civil do poder público é objetiva, de forma que basta a vítima provar o nexo de causalidade e o efetivo dano, para, desta forma, imputar a responsabilidade da administração pública na reparação do dano experimentado em razão do erro médico.

Essa responsabilidade decorre do risco⁹⁰ do empreendimento, inerente ao serviço desenvolvido pela sociedade empresária. Há que se distinguir, todavia, a hipótese de risco inerente e risco criado, para que se possa entender o motivo da responsabilização dos médicos e dos hospitais, quando da ocorrência de determinados eventos danosos.

Com efeito, o risco inerente decorre da própria coisa, ou seja, da própria atividade. Não há a possibilidade de prestação do serviço sem que haja a potencialidade do risco, uma vez que é verdadeira essência da atividade. É o exemplo citado na doutrina,

⁸⁹ SILVA, Luiz Claudio. op. cit. p. 153

⁹⁰ São diversas as modalidades de risco, a exemplo do risco proveito, risco criado, risco profissional, risco administrativo e risco integral.

referente à utilização de uma faca, da ingestão de medicamentos, dentre diversas outras atividades, que envolvam um risco inerente de seu próprio exercício.

Destarte, não responde o fornecedor, por se tratar de vício decorrente da própria atividade exercida. Não há dúvida de que o dever de informação, concernente aos riscos, à periculosidade e modos de utilização, deve se fazer presente, sob risco de responsabilização do fornecedor, pela falta de orientação adequada na utilização do serviço.

Em referência ao risco adquirido, outro rumo deve ser tomado. Toda vez que os produtos ou serviços surgirem em decorrência de defeitos, estará configurado o risco adquirido. Portanto, os produtos e serviços que, até então, não eram dotados de qualquer potencialidade danosa, passam a oferecer perigo aos consumidores em razão de seu defeito, fato este que corrobora as duas principais características desta modalidade de risco, a imprevisibilidade e anormalidade.

Desse modo, aplicando-se as duas teorias à responsabilidade civil dos médicos e hospitais, concluímos que em se tratando de riscos inerentes à atividade desenvolvida, em regra, não haverá o dever de indenizar, pois não configurado qualquer defeito, desde que, é claro, haja estrita observância ao dever objetivo de informação. Entretanto, presente o defeito, configurado estará o risco adquirido. Com o mesmo raciocínio o Prof. Sergio Cavalieri Filho⁹¹ afirma:

Em matéria de proteção da saúde e segurança dos consumidores vige a noção geral da expectativa legítima. Isto é, a idéia de que os produtos e serviços colocados no mercado devem atender as expectativas de segurança que deles legitimamente se espera. As expectativas são legítimas quando, confrontadas com o estágio técnico e as condições econômicas da época, mostram-se plausíveis, justificadas e reais. É basicamente o desvio deste parâmetro que transforma a periculosidade inerente de um produto ou serviço em periculosidade adquirida.

3.4.4 OS CONTRATOS DE TRANSPORTE E O DEVER DE INDENIZAR – AUTÊNTICA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Diante da nova sistemática introduzida pelo Código de Defesa do Consumidor, questão recorrente na doutrina e na jurisprudência restou pacificada.

⁹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. A responsabilidade médico-hospitalar à luz do código do consumidor. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 5, p. 87-99, v. 2. jan. / mar. 1999. p. 93-94

Tratava-se da responsabilidade civil do transportador que tinha como base legal o Decreto nº 2.681/12, também conhecido como Lei das Estradas de Ferro.

A citada norma tinha como alvo os eventos danosos envolvendo o transporte ferroviário. No entanto, diante da ausência de legislação para a regulação dos danos envolvendo outros meios de transporte, estendeu-se o âmbito de incidência da referida norma para os demais meios locomoção.

Neste sentido Tatiana Zuma Pereira e Patricia Ribeiro Serra Vieira⁹² afirmam:

Seguindo essa orientação, os tribunais brasileiros, entendendo se tratar de transporte coletivo e de concernir uma responsabilidade derivada do contrato, estenderam os mesmos princípios, inerentes às ferrovias, aos acidentes ocorridos com os bondes elétricos, trens, ônibus e, até, automóveis, que causassem danos aos passageiros, impondo ao transportador o dever de reparar o prejuízo, em conformidade com o referido decreto.

Ainda assim, havia hipóteses em que não se aplicavam os dispositivos do Decreto nº 2.681/12, mas a teoria geral da responsabilidade contratual prevista no Código Civil de 1916, uma vez que o contrato de transporte envolvia uma obrigação de resultado e de segurança, concernente à condução do passageiro até seu destino final, sem que lhe fosse causado qualquer dano, ou seja, o dever de incolumidade, não se operando, todavia, qualquer cláusula que pretenda instituir o dever de não indenizar, conforme previsão do Enunciado nº 161 da Súmula da Jurisprudência predominante do STF e posteriormente, no art. 734 do CC/02.

Nem mesmo o fato de terceiro⁹³ eximia o transportador da responsabilidade civil de indenizar o passageiro, como também se observou da jurisprudência do STJ⁹⁴ e

⁹² PEREIRA, Tatiana Zuma; VIEIRA, Patricia Ribeiro Serra. Responsabilidade civil nos transportes alternativos. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, ano V, n. 27, p. 134-159, jan. / fev. 2004, p. 137.

⁹³ A doutrina e jurisprudência não são unânimes acerca do fato de terceiro como excludente da responsabilidade civil do transportador, uma vez que é facultada a ação regressiva em face do terceiro, conforme previsto no art. 735 do Código Civil de 2002 e no Enunciado nº 187 da Súmula da Jurisprudência predominante do STF.

⁹⁴ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO ENVOLVENDO ÔNIBUS EM PASSAGEM DE NÍVEL. PREVISIBILIDADE. FATO DE TERCEIRO NÃO RECONHECIDO.

I - Na linha da jurisprudência deste Tribunal, o fato de terceiro que exclui a responsabilidade do transportador é aquele imprevisto e inevitável, que nenhuma relação guarda com a atividade inerente à transportadora.

II - Não afasta a responsabilidade objetiva da ré o fato de terceiro, equiparado a caso fortuito, que guarda conexão com a exploração do transporte. No caso, está dentro da

do Enunciado n° 187 da Súmula da jurisprudência do STF, que permite, todavia, ação de regresso.

Registre-se, contudo, que a obra atualizada do Prof. José de Aguiar Dias⁹⁵ defende que o fato de terceiro exclui a responsabilidade do transportador, quando o evento não guardar relação com o risco da atividade do transporte, a exemplo do lançamento de pedras nos coletivos ou assaltos, entendimento este o mais sensato e adotado nas decisões do STJ e demais tribunais, como vemos:

Veja-se, como exemplo, no livro da Cláudia Lima Marques e outros, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, à página 250, passagem que deixa entender a preferência dos autores por jurisprudência do STJ segundo a qual, por força do art. 735 do CC/2002 e da Súmula 187, responderia o transportador, “mesmo que o acidente seja causado por pedra lançada por terceiro ou assalto no coletivo”, Ora, esse é um grave engano de interpretação, porquanto o que a Súmula e o artigo 735 quiseram dizer é que o fato de terceiro, *relacionado com o risco da atividade de transporte* não retira ao transportador a sua responsabilidade. Isso já foi dito aqui mesmo neste livro, e Sérgio Cavalieri, mais recentemente, renova o tema...

A partir da aplicação da teoria da responsabilidade civil contratual aos transportadores, os tribunais passaram a debater um segundo ponto, relativo à culpa do transportador, pois de acordo com a Lei das Estradas de Ferro, a culpa do agente era presumida, ficando este isento de responsabilidade nas hipóteses de caso fortuito⁹⁶, força maior, culpa exclusiva⁹⁷ da vítima e fato de terceiro.

margem de previsibilidade e risco o acidente provocado por abalroamento entre ônibus e vagão em passagem de nível.

Recurso especial não conhecido. (STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RESP - RECURSO ESPECIAL - 427582 - Processo: 200200441480 - TERCEIRA TURMA - CASTRO FILHO - Grifo nosso)

⁹⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 256-257.

⁹⁶ Vale a ressalva de que apenas o fortuito externo tem o condão de eximir o transportador do dever de indenizar, uma vez que o fortuito interno se encontra inserido no risco da atividade desenvolvida, não cabendo assim, a aplicação da excludente de responsabilidade civil, em razão dos critérios de previsibilidade e resistibilidade. Nesse sentido é o Enunciado n° 94 da Súmula da Jurisprudência predominante do TJERJ e as lições constantes da obra atualizada do Prof. José de Aguiar Dias (Op. cit. p. 254).

⁹⁷ Acreditamos que a expressão culpa da vítima é equivocada, uma vez que em se tratando de responsabilidade objetiva, não há falar em culpa exclusiva da vítima, mas fato exclusivo, conforme já mencionado.

Da análise do art. 17 da aludida norma, o intérprete poderia alcançar duas conclusões: que a responsabilidade civil era objetiva, ou que era subjetiva, mas com culpa presumida.

No entanto, melhor acerto incorreram aqueles que defenderam se tratar de hipótese de responsabilidade civil objetiva, por ser mecanismo mais favorável à defesa do direito material da vítima.

Mais uma vez, trazemos em destaque as lições de Patrícia Vieira e Tatiana Pereira⁹⁸:

Portanto, é de se concluir que a responsabilidade do transportador, em relação aos passageiros, com fulcro no art. 17 do Decreto n° 2.681/12, é objetiva, independentemente de culpa, embora tenha a lei, por obsoleta terminologia, falado em culpa presumida.

De toda sorte veio a lume o CDC, iluminando o fim do túnel para os magistrados, uma vez que o contrato de transporte, nada mais era do que uma prestação de serviço, envolvendo, destarte, uma relação de consumo.

Desse modo, com o advento da norma consumerista, não mais se considerou a responsabilidade civil do transportador a partir da relação contratual, firmada entre este e o passageiro. O fundamento passou a ser a própria relação de consumo, a partir do conceito de fato do serviço, ou seja, a quebra no dever de segurança, consubstanciada na cláusula de incolumidade e regras da comutatividade.

O Código Civil de 2002 também contemplou a regulamentação dos contratos em matéria de transportes, conforme preceito contido nos arts. 731 e 732. E, em se tratando de transportes explorados através de outorga dos entes públicos, criou-se, inclusive, uma antinomia entre o CDC e a Lei n° 8.987/1995 (Regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos), de acordo com o registro de Álvaro Cassetari⁹⁹:

Vê-se o sentido de que não se trata de revogação do disposto no caput do art. 7° da Lei n° 8.987/95 em razão do art. 732 do CC/2002. Tem-se na verdade, uma exceção à regra da subsidiariedade do CDC em relação ao CC/2002, prevista no art. 732, que, por sua vez, já é uma

⁹⁸ PEREIRA, Tatiana Zuma; VIEIRA, Patricia Ribeiro Serra. op. cit. p. 140.

⁹⁹ CASSETARI, Álvaro Augusto. Análise do regime de excludentes da responsabilidade civil aplicável ao contrato de transporte terrestre no código civil de 2002. In: LEITE, Eduardo Oliveira (Org.). **Grandes temas da atualidade – responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 6. p. 6.

exceção à regra geral em que o CC/2002 é que é subsidiário em relação ao CDC quando se tratar de consumo em face da especialidade do CDC e à generalidade do CC/2002, conforme o já mencionado entendimento da Prof^a. Cláudia Lima Marques. Mas isto somente no que toca aos contratos de transportes explorados em virtude de autorização, permissão ou concessão, nos termos em que preceitua o art. 731 do CC/2002.

De todo sabido, apesar de o Código de Defesa do Consumidor, norma de caráter especial, ser aplicado em caráter supletivo ao novo Código Civil, norma de caráter geral, em matéria de serviços públicos, conforme previsão do art. 732, não temos dúvidas que eventuais conflitos hermenêuticos deverão ser dirimidos à luz dos ditames constitucionais.

Para Álvaro Cassetari¹⁰⁰, entretanto, será difícil que se configurem eventuais conflitos entre os dispositivos ora analisados, como vemos::

A Lei n° 8.987/95, o CDC e o CC/2002 não são incompatíveis entre si, já que todas essas legislações visam ao bem comum, à justiça social e ao equilíbrio econômico. Diferenciam somente pelos seus enfoques: uma trata da vida do cidadão comum, consumidor ou não (CC/2002); a outra, do consumidor final e de todos a que ele sejam equiparados (CDC); a última, de todo o usuário do serviço público (Lei n° 8.987/95)

¹⁰⁰ Ibid., p. 10

4 A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA REPARAÇÃO DOS DANOS

O dano é um pressuposto da responsabilidade civil, uma vez que esta só existe se há necessidade de reparação. A responsabilidade resulta na obrigação de ressarcir o dano, e poderá existir sem a aferição da culpa (responsabilidade objetiva). Não poderá, todavia, haver responsabilidade civil sem que haja dano ou o nexo de causalidade.

A indenização busca compensar ou reparar o prejuízo sofrido pela vítima, buscando restabelecer o estado pelo qual esta se encontrava antes do evento (*status quo ante*). Para o pleito da indenização é necessário que se comprove: o sofrimento de um dano injusto, de caráter moral, patrimonial ou pessoal; que tenha sido decorrente de fato de terceiros; que haja nexo de causalidade entre evento e a ação do terceiro.

Como ensina o eminente civilista Caio Mário da Silva Pereira¹⁰¹, sobre o caráter punitivo do dano moral:

‘caráter punitivo’, para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o ‘caráter compensatório’ para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido.

Embora o dano possa envolver um prejuízo na esfera patrimonial da vítima, não se pode negar que a conduta do agente possa ter outras conseqüências mais gravosas, como a violação a direitos extrapatrimoniais, a exemplo da vida, liberdade, intimidade, saúde, honra, respeito e segurança. Daí decorre a conclusão de que a indenização por dano moral, por se tratar de dano extrapatrimonial, não possui caráter reparador, mas compensatório.

É claro que nem todo dano é ressarcível, a não ser que seja injusto. Carlos Alberto Bittar¹⁰² explica que:

De início deve ser injusto, a saber, provocado contra ius, daí porque se afasta a lesão proveniente de ação autorizada pelo Direito ou o “dano justo”, como nas hipóteses de atos praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido: reação a agressão; devolução da injúria; desforço pessoal.

¹⁰¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 55.

¹⁰² BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil: teoria e prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 8.

Os danos podem ser classificados em pessoais, morais ou patrimoniais. A pessoa física pode sofrer os três tipos de dano, enquanto que a pessoa jurídica só poderá sofrer danos morais e patrimoniais. O dano é pessoal quando se refere a elementos que compõem a estrutura orgânica do indivíduo, a estrutura de sua personalidade, como, por exemplo, uma lesão ao corpo, a parte do corpo, ou ao psiquismo (componentes intrínsecos como a liberdade, a imagem e a intimidade).

O dano moral está relacionado a elementos de seu complexo valorativo intrínseco, em suas projeções na sociedade. Está relacionado ao indivíduo como ente social, integrado à sociedade. A honra, a reputação as manifestações do intelecto, são elementos que individualizam a pessoa na sociedade.

Aguiar Dias¹⁰³ é emblemático ao destacar que o dano moral não deve ser confundido com o dano patrimonial de origem moral ou afetiva, a exemplo do abalo de crédito, visto que o dano gera conseqüências prejudiciais ao patrimônio de determinada pessoa que, todavia, poderão influenciar na esfera extrapatrimonial da vítima.

O dano pode ainda, se configurar sob a modalidade *in re ipsa*, ou seja, a própria casuística da conduta praticada pelo agente, por si só demonstra o dano, não havendo necessidade de comprovação.

Há ainda o dano especial, aquele em que se onera a situação particular de um ou alguns indivíduos, não sendo, pois, um prejuízo genérico e, ainda o dano anormal, evento que supera os meros agravos inerentes às condições de convívio social.

Em qualquer destas hipóteses o magistrado deverá estar atento ao princípio da dignidade da pessoa humana, norteador dos demais princípios constitucionais e de todas as relações previstas pelo ordenamento jurídico, quando do exame da ocorrência do dano moral.

Nessa esteira, o festejado doutrinador Sergio Cavaliere¹⁰⁴ foi feliz ao relacionar o dano moral e o princípio ora e comento, quando assevera:

Dor, vexame, sofrimento e humilhação são conseqüência, e não causa. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, dor vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa uma agressão à dignidade de alguém.

¹⁰³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1006.

¹⁰⁴ CAVALIERI FILHO. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 105.

Por outro lado, a pessoa pode se submeter a um dano patrimonial ou material, o prejuízo de cunho econômico, que é causado por distúrbio a bens materiais (corpóreos) e a direitos (incorpóreos) que fazem parte do acervo dos indivíduos. O dano material pode prejudicar não somente o patrimônio presente de um indivíduo, mas também seu patrimônio futuro. Desta forma o dano material se subdivide em dano emergente e lucro cessante.

O dano emergente ou positivo ocorre quando há efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão de ato ilícito. O art. 402 do novo Código Civil caracteriza como sendo aquilo que o ofendido efetivamente perdeu. Sua mensuração não é complicada, uma vez que será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito. Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho¹⁰⁵: “*dano emergente é tudo aquilo que se perdeu, sendo certo que a indenização haverá de ser suficiente para restitutio in integrum*”.

O lucro cessante ou dano negativo é o reflexo futuro do ato ilícito sobre o patrimônio da vítima. É a perda de um ganho esperável, a frustração de uma expectativa de lucro, diminuição potencial do patrimônio. É o lucro que não foi alcançado devido ao prejuízo causado.

Existe pra todos uma obrigação genérica de não prejudicar, presente no princípio *alterum no laedere*. No entanto a lesão sofrida pelo sujeito físico em seu patrimônio ideal (tudo aquilo não suscetível de valor econômico) causando dores físicas e morais caracteriza o dano moral. Antonio Jeová Santos¹⁰⁶ descreve o dano moral como sendo: “*aquela alteração no bem-estar psicofísico do indivíduo*”.

É a partir da promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, que se estabelece a compensação do dano moral, na matéria denominada “Direitos e Garantias Fundamentais”, cuja tendência também foi seguida pelo novo Código Civil, ao reconhecer o dano moral e sua compensação nos arts. 186 e 927, respectivamente.

O dano moral ou extrapatrimonial não é apenas a dor que o sujeito sente, pois compreende todo quebrantamento de sua paz espiritual. É uma alteração de espírito, no desenvolvimento de sua capacidade de entendimento, conseqüência de uma lesão a um interesse não patrimonial, ao que se encontrava estável antes do evento danoso.

Para que haja dano moral é necessário que a ofensa tenha alguma grandeza e esteja revestida de certa importância e gravidade. Deve haver uma lesão extrapatrimonial

¹⁰⁵ CAVALIERI FILHO. op cit. p. 71.

¹⁰⁶ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 3. ed. São Paulo: Método, 2001. p. 100.

passível de ressarcimento, em virtude de um ato contrário a um direito de personalidade. Para configuração do dano moral deverão concorrer o ato ilícito, o nexo de causalidade e o dano.

Um simples desconforto, mero dissabor ou aborrecimento, não deve justificar uma indenização por danos morais, por se tratar do cotidiano. Caso isto ocorra, haverá uma banalização do dano moral, onde ações judiciais serão propostas com fundamento nos mais triviais aborrecimentos, fazendo com que as pessoas se coloquem como vítimas para lograr êxito com indenizações.

A questão do dano moral já foi muito controversa em vários aspectos, dentre os quais destacam-se: a sua ressarcibilidade, sua cumulabilidade com o dano material e a sua reparabilidade no que tange à pessoa jurídica. O STJ já se manifestou através dos Enunciados n^{os} 37 e 227 da Súmula de sua jurisprudência, como vemos:

Súmula 37 - São cumuláveis as indenizações por danos materiais e morais oriundas do mesmo fato.

Súmula 227 - A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

Observa-se que apesar da controvérsia acima referida, desde antes da edição do Enunciado n^o 37 da Súmula da Jurisprudência predominante do STJ e da própria promulgação da CF o Prof. Aguiar Dias já defendia a possibilidade de cumulação, como destaca Ênio Santarelli Zuliani¹⁰⁷:

Aguiar Dias sempre advogou o cabimento da indenização (sem caráter punitivo, repetia), reconhecendo que a impossibilidade de se estabelecer equivalência entre o prejuízo e o quantum a ser fixado não reprimia o aspecto compensatório da providência; sugeriu que o dinheiro a ser destinado a vítima se transformasse em meios legítimos para se encontrar a satisfação que permite a reaproximá-la do estado existente antes da lesão.

Dentre as diversas críticas formuladas por Aguiar Dias ao Projeto de Lei que deu ensejo ao atual CC, denota-se o reconhecimento da falha do legislador na redação do art. 186, apesar da intenção positiva em se ver assegurada a “reparação” do dano moral,

¹⁰⁷ ZULIANI, Ênio Santarelli. Aguiar Dias e a evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro. In: LEITE, Eduardo Oliveira (Org.). **Grandes temas da atualidade – responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 6. p. 203.

através da introdução da referência ao dano extrapatrimonial à definição de ato ilícito. Para o saudoso doutrinador, o dano moral¹⁰⁸:

deve ser reparado por várias razões de direito e até de lógica, bastando que se aponte o absurdo da contradição que se resulta do fato de se reparar o dano patrimonial e não o dano moral: para essa teoria, o dano material é mais importante, e mais digno de reparação, que o dano moral, quando este atinge bens muito mais preciosos. Todavia, não é o ato ilícito, eventual produtor do dano, que explica e justifica essa reparação. É a sua repercussão, o seu efeito. O dano está no sacrifício de bens da vida e não admite distinção entre as suas espécies. De qualquer modo, o dano moral deve ser encarado na sua natureza e não na sua origem.

A promulgação da CF já havia superado a resistência de alguns doutrinadores quanto à reparação do dano moral. O CC em seu art. 52 também pôs fim a outra polêmica, concernente à possibilidade de a pessoa jurídica pleitear indenização por danos morais. Ora, se o dano moral é uma violação a honra da pessoa, não há qualquer óbice para que a pessoa jurídica tenha legitimidade para o pleito de indenização por danos morais.

Apesar de não possuir a honra subjetiva, elemento intrínseco à pessoa humana, a pessoa jurídica goza de honra objetiva, ou seja, a imagem perante a sociedade, o bom nome, daí porque, sábio o legislador e a jurisprudência ao reconhecer a possibilidade de compensação pelos danos morais sofridos.

Atualmente, a grande controvérsia doutrinária e jurisdicional não mais versa sobre a possibilidade de cumulação do dano material com o moral, pois a CF e o CC já pacificaram a dissonância jurisprudencial. O novo debate jurídico versa sobre a possibilidade de indenização do dano moral com o dano estético.

De um lado, temos a orientação jurisprudencial do STJ¹⁰⁹, de parte da doutrina e, até mesmo, do próprio TJERJ que editou o Enunciado n° 96 da Súmula de sua

¹⁰⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1. p. 31.

A obra atualizada reproduz as mesmas críticas às fls. 39-40.

¹⁰⁹ De acordo com o entendimento das duas turmas de direito privado do STJ, é cabível a cumulação do dano estético com o dano moral, ainda que derivados do mesmo evento, desde que suas conseqüências possam ser separadamente identificáveis, como se denota dos julgados: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RESP - RECURSO ESPECIAL - 435371 - Processo: 200200603859 - QUARTA TURMA - FERNANDO GONÇALVES; RESP - RECURSO ESPECIAL - 156118 - Processo: 199700837432 - TERCEIRA TURMA - ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO; RESP - RECURSO ESPECIAL - 377148 - Processo: 200101199070 - QUARTA TURMA - BARROS MONTEIRO.

jurisprudência, permitindo a cumulação dos pedidos de dano moral e estético oriundos do mesmo fato.

Em contrapartida, alguns doutrinadores se insurgem contra essa orientação, a exemplo do ilustre professor Sergio Cavalieri Filho¹¹⁰, defensor da impossibilidade de cumulação dos pedidos de dano moral, que afirma em sua respeitável obra:

Embora tenha esse entendimento como julgador para evitar desnecessários recursos especiais, em sede doutrinária continuo convicto de que o dano estético é modalidade do dano moral e que tudo se resume a uma questão de arbitramento. Em razão da sua gravidade e da intensidade do sofrimento, que perdura no tempo, o dano moral deve ser arbitrado em quantia mais expressiva quando a vítima sofre deformidade física.

Diga-se de passagem, o Professor Cavalieri não é a única voz dissidente, pois conforme relata o Prof. Severiano Aragão¹¹¹, durante os idos de 1997 a inacumulabilidade do dano moral com o estético era amplamente difundida, como restou decidido no IX ENTA, realizado no Estado de São Paulo em agosto de 1997.

4.1 ARBITRAMENTO DAS INDENIZAÇÕES – O EMPENHO DOS MAGISTRADOS

Um dos problemas relacionados ao dano moral se escora na dificuldade para o arbitramento de uma indenização a título de sua compensação, diante da ausência de um valor patrimonial, diferentemente do que ocorre no dano material. Nesse caso, cabe ao juiz, de acordo com seu prudente arbítrio, estimar a quantia da indenização, desde que seja observada a repercussão do dano e a situação econômica do ofensor. Indenizações de valores exorbitantes só proporcionarão o enriquecimento de uma parte em detrimento do empobrecimento da outra.

Outro fator que também deve ser sopesado pelo julgador se relaciona às vítimas do evento, pois não deve o aplicador do direito criar distinções entre pessoas que sofram o mesmo dano. Os critérios para o arbitramento do *quantum debeatur* devem se

¹¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. op. cit. p. 124.

¹¹¹ ARAGÃO, Severiano. Avanços na doutrina e jurisprudência do dano moral. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 5, p. 100-105, v. 2. jan. / mar. 1999. p. 101.

fundar nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e *restitutio in integrum*, evitando, deste modo, o enriquecimento sem causa.

Apesar do empenho dos magistrados, parte da doutrina critica os critérios para arbitramento das indenizações, uma vez que a análise da situação econômico-financeira do ofensor e a posição sócio-econômica da vítima ocasiona verdadeira “quantificação da dor e do sofrimento”, efeito este que não deveria ocorrer. Atente-se, todavia, que não estamos defendendo que a indenização tenha função de enriquecimento ilícito. Apenas defendemos que o magistrado utilize critérios de justiça e equidade para o arbitramento da indenização, a fim de garantir uma situação próxima ao *status quo ante*.

O art. 944 do Código Civil, em seu parágrafo único, por exemplo, estabelece que se houver desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização, o que corrobora nossa opinião.

Na fixação da indenização por danos morais, deve o magistrado levar em conta a gravidade da conduta e muitas vezes por se tratar de algo imaterial, ou ideal, não se pode exigir que a comprovação do dano moral seja feita pelos mesmos meios utilizados para a demonstração do dano material, pois jamais poderia a vítima comprovar a dor, a tristeza, ou a humilhação através de documentos, perícia ou depoimentos. A reparação desse tipo de dano tem tríplice caráter: punitivo, indenizatório e educativo, como forma de desestimular a reiteração do ato danoso.

Não se pode mais admitir o tarifamento das indenizações. A Constituição de 1988 prevê que a indenização pelos danos morais deve ser aplicada de modo isonômico, sem que haja qualquer estipulação por normas infraconstitucionais, a exemplo da Lei de Imprensa e da Convenção de Varsóvia.

Alguns doutrinadores, acompanhados da jurisprudência de alguns tribunais, têm por hábito o arbitramento de indenizações com fundamento na representação social do ofendido e em seu *status* sócio-econômico. Tal conclusão, ao nosso ver, parte de premissas equivocadas, considerando-se que o arbitramento deve se escorar em fundamentos constitucionais, tais quais o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, que serão o pilar da compensação do dano moral, por meio de indenização capaz de conferir um bem de ordem patrimonial à vítima, com o objetivo de minorar as conseqüências de ordem subjetiva ocasionadas pela conduta danosa.

É por esse motivo que o dano moral nunca será reparado, mas apenas compensado. A reparação ocorre quando resta configurado um prejuízo material, uma

vez que a indenização é capaz de restabelecer o *status quo ante*. A compensação pelo dano moral, busca apenas amenizar a dor sofrida pela vítima.

A reparação é necessária por ter um caráter compensatório. Deve atenuar as conseqüências da lesão sofrida pelo ofendido. O dinheiro não deve desempenhar uma função de equivalência como no dano material, mas sim satisfazer a vítima ao mesmo tempo em que pune o ofensor.

Portanto, a indenização deve ser fixada com prudência e bom senso, para que não se torne injusta e insuportável, como vem ocorrendo em alguns países, enfraquecendo a imagem do Poder Judiciário, e afastando espírito de justiça e a esperança de uma prestação jurisdicional efetiva.

O dano não pode ser fonte de lucro, uma vez que a indenização deve apenas compensar a dor, a tristeza e o sofrimento. O dano moral nem sempre pode ser compensado naturalmente, desta forma, cabe à indenização buscar uma “situação material correspondente”. A reparação financeira visa neutralizar os sentimentos negativos gerados pelo evento danoso. É um meio de facilitar ao lesado, a compensação por seus sofrimentos.

4.2 INSTRUMENTOS APTOS À GARANTIA DA EFETIVIDADE DO PROCESSO JUDICIAL – A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Não bastaria, contudo, que o legislador e julgador construíssem todo o fundamento teórico para a responsabilização por danos praticados, se não houvesse meios para a comprovação do prejuízo e para a efetividade do eventual título executivo judicial reconhecido através de uma sentença.

Nesse sentido, de grande valia é o CDC, pois, a par da efetividade do processo, permitiu o legislador que nas hipóteses previstas pelo Código de Defesa do Consumidor ocorra a desconsideração da personalidade jurídica.

Encontramos a teoria da desconsideração da personalidade jurídica também positivada no Código Civil e nas Leis nº 8.884/94 e nº 9.605/98.

Em matéria de contratos consumeristas adota-se a teoria menor de desconsideração da personalidade jurídica, como prevê o CDC, uma vez que o prejuízo

do credor já autoriza o “levantamento do véu da sociedade” responsabilizando-se seus sócios. Basta a insolvência que haverá a autorização para a desconsideração.

Sérgio Campinho¹¹² tece algumas críticas acerca da redação do dispositivo legal, que ora transcrevemos, por serem bastante pertinentes:

Tem se a teoria da superação mal encampada pelo indigitado diploma. Registra Fábio Ulhoa Coelho, que “a dissonância entre o texto da lei e a doutrina nenhum proveito traz à tutela dos consumidores, ao contrário, é fonte de incertezas e equívocos”. Ressalta, com oportunidade, que o preceito legal omitiu-se em relação à fraude, “principal fundamento para a desconsideração”.

Estamos em total consonância com a crítica formulada. Andou bem a lei ao referir-se ao abuso de direito como fonte da desconsideração. Mas lastimável foi o envolvimento na figura legal das circunstâncias de “excesso de poder, infração de lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social”.

A responsabilização dos administradores e dos sócios em geral, nessas situações, é diretamente realizada, não havendo, pois, necessidade de superar a personalidade jurídica.

Conforme previsão do art. 28 do CDC, configurado o abuso de direito, a falência, o excesso de poder, a infração da lei, o fato ou ato ilícito¹¹³, a violação dos estatutos ou contrato social, o estado de insolvência, o encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração, caberá ao juiz aplicar a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária.

Reforçando a proteção ao consumidor, o §5º do citado artigo permite a desconsideração da personalidade pelo simples fato de que a personalidade da sociedade empresária possa, de algum modo, obstar o ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores.

A teoria menor¹¹⁴ da desconsideração da personalidade jurídica é dotada de caráter objetivo, uma vez que não há que se aferir a ocorrência da confusão patrimonial

¹¹² CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 68.

¹¹³ Os leitores mais desatentos acabam por vislumbrar um equívoco, ou melhor, redundância do legislador, uma vez que o abuso de direito é uma modalidade de ato ilícito, conforme previsão constante do novo Código Civil. No entanto, merece a lembrança de que o CC de 1916 não previa expressamente o abuso de direito como forma de ato ilícito e, o Código de Defesa do Consumidor foi editado em 1990.

¹¹⁴ Alguns doutrinadores têm criticado a teoria menor, negando inclusive, sua existência em se tratando de relações de consumo. Todavia, o STJ acabou por interpretar a norma do art. 28 do CDC como hipótese de teoria menor da desconsideração, conforme acórdão que ora transcrevemos:

ou o desvio de finalidade, a fraude ou abuso de direito por parte da sociedade empresária apresentada¹¹⁵ por seus sócios.

Outro instituto também previsto pelo legislador com escopo de dar maior efetividade às normas consumeristas diz respeito ao ônus da prova.

É cediço que cabe ao consumidor, em regra, a comprovação do dano e do nexo de causalidade, diante da previsão do art. 333, I do CPC e da máxima jurídica “alegar e não provar é o mesmo que não alegar”. Contudo, como já mencionado no capítulo anterior, o art. 6º do CDC prevê a inversão do ônus da prova sob a modalidade *ope judice*, como vemos do dispositivo abaixo transcrito:

Art. 6º- São direitos básicos do consumidor:
VIII- a facilitação da defesa de seus direitos, com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quanto, a critério do juiz, for

Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º.

- Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum.

- A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).

- A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

- Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

- A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

- Recursos especiais não conhecidos.

STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RESP - RECURSO ESPECIAL – 279273 -
Processo: 200000971847 - TERCEIRA TURMA – MIN. ARI PARGENDLER.

¹¹⁵ Entendemos que a pessoa jurídica é apresentada, ou seja, se faz presente por meio de seus sócios, não estando, meramente, representada. Adota-se para tanto, a teoria do órgão, superando-se a teoria da ficção e da representação, conforme a lição de Ovídio Batista.

verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência;

Trata-se de modalidade de inversão que fica ao arbítrio do magistrado, que poderá deferi-la ao hipossuficiente técnico desde que presente a verossimilhança das alegações.

A dúvida que se suscita diz respeito à possibilidade de deferimento da inversão quando presente apenas um dos requisitos – verossimilhança¹¹⁶ ou hipossuficiência¹¹⁷, considerando-se o teor do art. 6º, VIII do CDC. A doutrina e a jurisprudência com o objetivo de dirimir o conflito assentaram o entendimento de que basta a existência de um dos requisitos, que estará o magistrado autorizado a deferir a inversão do ônus da prova, tendo em vista que a conjunção “ou” denota caráter alternativo e não aditivo, como querem fazer crer alguns escritores.

Atente-se que, por se tratar de inversão condicionada à discricionariedade do juiz, deve o consumidor ou seu advogado, pleitear a inversão em sua petição inicial, tendo em vista que caberá ao magistrado deferi-la até a fase de saneamento do feito, conforme se verá adiante.

Também merece destaque o fato de a inversão do ônus da prova poder ser deferida ao consumidor quando figurar no pólo passivo de uma ação que tenha como causa de pedir tema ínsito às relações de consumo.¹¹⁸

O art. 12, §3º, o art. 14, §3º e o art. 38 do CDC, tratam da inversão do ônus da prova *ope legis*, modalidade de inversão obrigatória e não sujeita à discricionariedade do magistrado, diferentemente do que se dá na inversão *ope judice*.

Merece destaque a orientação do TJERJ no sentido de que a inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser deferida e tampouco

¹¹⁶ Sendo o processo o meio de instrumentalização da jurisdição, instituiu o sistema, meios hábeis para que o magistrado pudesse valorar os fatos trazidos ao seu conhecimento, materializados através dos meios de provas admitidos no ordenamento. Contudo, o processo é, precipuamente, o instrumento de exercício da ampla defesa e do contraditório, realizados através da instrução processual. Assim, a verossimilhança é verdadeira exceção ao sistema, como ocorre também em medidas liminares *inaudita altera pars*, uma vez que o magistrado se pronuncia por meio de indícios capazes de formar uma presunção – probabilidade – de veracidade apta a garantir a proteção estatal.

¹¹⁷ A hipossuficiência é caracterizada pela ausência de compreensão técnica e educacional somada a fatores de ordem econômica e social, gerando uma desvantagem – desequilíbrio – entre as figuras da relação consumerista – consumidor e fornecedor.

¹¹⁸ O ônus da prova é do autor no que tange aos fatos constitutivos de seu direito, enquanto que fatos modificativos, impeditivos ou extintivos ficam a cargo da parte ré, de acordo com o disposto no art. 333 do CPC.

realizada na sentença. Logo, o momento adequado para o deferimento é a fase de saneamento, a fim de que o devido processo legal não reste violado.

Em sede de Juizados Especiais Cíveis o problema não é tão simples. Percebe-se que atualmente, os magistrados fluminenses que atuam perante esses órgãos têm, via de regra, o primeiro contato com os autos do processo na audiência de instrução e julgamento. Daí questiona-se qual seria o momento adequado para o deferimento da inversão, considerando-se que, na maioria das vezes, as partes não comparecem à audiência munidas de elementos suficientes para dirimir os pontos controvertidos e deduzir suas pretensões em juízo.

Acreditamos, entretanto, que em se tratando de prova documental ou perícia informal, nada impede que o magistrado confira prazo para que as partes tragam aos autos estes elementos e que tenham oportunidade para se manifestar sobre as novas provas, pois apesar dos princípios da simplicidade, oralidade, economia processual, informalidade e celeridade estarem previstos no art. 2º da Lei nº 9.099/95, o primado do devido processo legal, de natureza constitucional, não deve ser relativizado.

Apesar de a lei consumerista prever a inversão do ônus da prova, há hipóteses é claro, que a situação narrada configura o que se convencionou denominar dano *in re ipsa*, ou seja, a própria casuística da conduta praticada pelo agente, por si só demonstra o dano, não havendo necessidade de comprovação.

A jurisprudência pátria caminha em passos largos, como se observa dos diversos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Superiores.

Um exemplo nítido do avanço técnico da responsabilidade civil nos tribunais é o que se observa dos recentes Enunciados nº 105 da Súmula da jurisprudência predominante do TJERJ e nº 326 da Súmula da jurisprudência predominante do STJ.

Os aludidos enunciados afirmam que a condenação por dano moral em valor inferior ao que fora postulado no pedido constante da petição inicial não implica em sucumbência recíproca, conclusão lógica do fato de que o valor da indenização é arbitrado pelo magistrado à luz das conseqüências do caso concreto, demonstradas através das provas apresentadas nos autos do processo judicial.

Outra questão de amplo enfrentamento pelos tribunais diz respeito ao lançamento indevido do nome de consumidor em cadastros de proteção de crédito (v.g. SPC e SERASA).

Mais uma vez, o TJERJ, seguindo a esteira do STJ editou proposta de orientação sumular no sentido de que a inscrição do nome do consumidor, quando este quedar-se inadimplente configurar-se-ia exercício regular do direito, desde que haja a prévia comunicação do lançamento.

Outro caminho, entretanto, será adotado se a inscrição no cadastro restritivo se der de forma equivocada – cobrança indevida¹¹⁹. Nestas hipóteses afirma o TJERJ que há dever de indenizar pelos constrangimentos e o arbitramento de verba compensatória em valor correspondente à até 40 salários mínimos se configura razoável.

¹¹⁹ A propósito, vale o destaque de que a cobrança indevida gera o direito à repetição de indébito (em dobro) nas seguintes hipóteses: cobrança de dívida inexistente, cobrança de dívida à maior, cobrança de dívida ainda não vencida ou já paga.

5 CONCLUSÃO

A responsabilidade civil tem uma enorme importância, sendo um dos temas mais problemáticos da atualidade jurídica, ante sua surpreendente expansão no direito e seus reflexos nas atividades humanas. Sempre que o homem sofrer um atentado à sua pessoa ou seu patrimônio, deverá surgir o sistema da responsabilidade civil e conseqüentemente o dever de reparar o dano causado.

Estamos na era do pós-positivismo e o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil toma proporções relevantes no cenário jurídico. A lei civil não é mais apenas a regulamentação das relações patrimoniais, pois deixou-se de lado o caráter particular em detrimento da publicização da norma civilista.

A Constituição Federal trouxe um sem número de direitos que até então, eram sequer imaginados pelos cidadãos, face o sistema político ditatorial vigente em nosso país no século passado.

Não mais analisar as disciplinas jurídicas à luz da Carta Magna é deixar de reconhecer o caráter de norma fundamental desta, *status* este difundido por Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito.

O Código de Defesa do Consumidor por ser uma norma de ordem pública e de manifesto interesse social, tem por escopo a salvaguarda dos interesses patrimoniais daqueles que são mais vulneráveis, os consumidores.

Comparando com a história bíblica, podemos dizer que Davi espelha o consumidor, a parte mais fraca da relação contratual, enquanto que Golias é o fornecedor, aquele que detém todo o conhecimento técnico. A desproporção entre as duas figuras é notória, cabendo ao Código de Defesa do Consumidor, a pedra, o meio capaz de proteger o consumidor (Davi) da voracidade dos fornecedores (Golias).

Nesses 16 anos de vigência do CDC novas questões surgiram em torno da aplicabilidade e tutela das relações de consumo. A intervenção do Poder Judiciário passou a ser mais eficaz em matéria de fato e vício do produto e serviço.

Por outro lado, com o apoio de órgãos de administração da Justiça, a exemplo da Defensoria Pública, buscou-se a tutela jurídica do consumidor superendividado¹²⁰,

¹²⁰ O endividamento do consumidor pode se dar através da busca de padrão de dignidade o que o forçará a assumir obrigações que serão inexecutáveis, em razão de seu endividamento. Pode se dar ainda, em razão de uma má administração do próprio orçamento, configurando-se verdadeiro

fenômeno crescente na sociedade brasileira, por conta de questões políticas, financeiras e sociais, conforme analisado em estudos desenvolvidos pelo Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Não obstante tais fenômenos, na moderna ciência jurídica a questão central onde se debruçam as mais insignes autoridades se refere à problemática do acesso à justiça. Felizmente, o constituinte, teve a lucidez de consagrar o princípio da inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à justiça, como se observa do art. 5º, XXXV, que prevê o dever do Poder Judiciário para o exame de lesão ou ameaça de lesão de direitos constitucionalmente previstos.

Ao tratar desse tema, é comum na doutrina, verificar alusões às fantásticas observações de Mauro Cappelletti, no que concerne à distinção entre litigantes habituais e eventuais, aspecto que é verdadeiro obstáculo ao efetivo acesso à justiça.

A má prestação de serviços, a burocracia implementada por determinadas sociedades empresárias acaba por criar um desestímulo no consumidor, que passa a se conformar com a falta de qualidade dos serviços, principalmente.

Embora, muitos dos princípios da Constituição possuam caráter de eficácia limitada, sujeitas a posterior regulamentação, o princípio em voga tem aplicabilidade eficaz em nosso sistema, a exemplo das Leis nºs 9.099/95 e 10.259/01, que prevêem, respectivamente, os Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais, a Lei nº 1.060/50 que trata da assistência judiciária gratuita, dentre outros mecanismos, como a utilização de Ações Cíveis Públicas para defesa de interesses difusos e coletivos.

É bem verdade que os mecanismos acima referidos, por si só, não se revelam suficientes para a tutela dos interesses dos consumidores, daí a atenção do legislador em permitir que as demandas propostas pelo consumidor pudessem ter como foro competente o domicílio destes, conforme previsão do art. 101 do CDC, a impossibilidade de denunciação da lide em ações que versem sobre o sistema de responsabilidade civil previsto no CDC, de acordo com os arts. 13, parágrafo único e 88 do diploma legal em referência, além da possibilidade de inversão do ônus da prova, como visto no capítulo anterior.

“acidente de vida”. (CARLOS, Helio Antunes. **A tutela jurídica do consumidor superendividado**. Trabalho para o concurso de monografias. Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005. Monografia vencedora do concurso).

Ainda assim, verifica-se um certo descrédito na prestação jurisdicional, talvez decorrente de má qualidade das petições apresentadas por advogados inexperientes que não vêem o Direito como uma ciência que possui técnica e metodologia própria. Somado a esses fatores observa-se ainda, que alguns magistrados, talvez por estarem assoberbados de demandas repetitivas, acabam conferindo um tratamento ríspido às partes, prejudicando a credibilidade dos órgãos do Poder Judiciário.

Esta falta de credibilidade nos órgãos do Judiciário, somada a sua morosidade, cria uma visão equivocada do sistema. Tanto é verdade que o legislador busca criar alternativas para a solução destes problemas, como se deu através da instituição da fase de cumprimento da sentença (Lei n° 11.232/05), da possibilidade de improcedência *prima facie* (Lei n° 11.277/06) e da criação das Súmulas Vinculantes (EC n° 45/04) e Impeditivas de Recursos (Lei n° 11.276/06), instrumentos aptos a desafogar o Judiciário, assoberbado de demandas.

Lembre-se que um dos grandes problemas do dano moral se funda no arbitramento das indenizações. Podemos perceber que a máquina judiciária se empenha ao máximo para aplicar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, buscando evitar a banalização do instituto.

Entretanto, verifica-se que alguns litigantes¹²¹ evitam promover demandas perante os Juizados Especiais Cíveis tendo em vista que os magistrados arbitram “indenizações baixas”!!!

É triste ver que profissionais se empenham na criação de um sistema justo e equânime, que busca compensar e reparar danos, além de reprimir possíveis reiterações, enquanto que os destinatários deste sistema possuem uma notória visão capitalista, onde se pretende o lucro a qualquer custo, ainda que desamparados de um mínimo direito material.

O novo Código Civil e a Constituição Federal consagram o instituto do dano moral, garantindo os direitos dos indivíduos, buscando na reparação, o caráter indenizatório, educativo e punitivo, para desestimular a repetição do ato ilícito.

As partes não possuem conhecimento técnico suficiente para aferir se a indenização arbitrada condiz com a sua realidade.

¹²¹ Estas pessoas não merecem, ao nosso ver, a classificação de consumidoras, pois nítido é o escopo de enriquecimento ilícito, procurando estes indivíduos se valerem da proteção do CDC. Não somente estes litigantes, mas seus advogados merecem ser rechaçados pelo Poder Judiciário, por abusarem do direito subjetivo de ação, com pleitos absurdos, lides temerárias, litigância de má fé e demais adjetivações para essas práticas deprimentes.

A divergência doutrinária sobre a reparação do dano moral, sua cumulação com o dano material e a possibilidade da pessoa jurídica pleitear indenização por danos morais já restou superada, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça acabou por se manifestar favoravelmente através de sua jurisprudência sumular.

Todas estas questões envolvendo o campo da responsabilidade civil seriam de maior controvérsia e complexidade se não fosse o trabalho desenvolvido pelos doutrinadores brasileiros, em especial José de Aguiar Dias, que produziu sua obra inicialmente direcionada para obtenção de titulação em concurso para magistratura do Distrito Federal, mas que se tornou paradigma no campo doutrinário brasileiro.

O Código de Defesa do Consumidor é uma das poucas normas pelas quais nenhum outro país foi capaz de produzir. A sua estrutura técnica, seus princípios, seus sistemas de responsabilidade deveriam ser objeto de orgulho de todos os brasileiros, o que infelizmente não é.

E não é, não por falta de interesse dos consumidores, mas por falta de acesso à norma em razão de diversos fatores, como a pobreza, pouco acesso ao ensino, descrédito nas instituições etc.

Essa realidade, entretanto, deve ser modificada. Cabe aos defensores públicos, promotores, advogados, demais profissionais e principalmente os magistrados que lidem com o Código de Defesa do Consumidor, difundir sua aplicabilidade aos consumidores, permitindo que estes possam ter acesso e conhecimento à norma, garantindo-se a funcionalidade da lei consumerista e sua publicidade, efetivando-se o dever de conhecimento das normas esculpido no art. 3º do Decreto-Lei nº 4.657/42 (LICC).

Não é a toa que Carlos Maximiliano¹²² dizia ser o juiz *“a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do Direito novo contra as fórmulas caducas do Direito tradicional.”*

Os ensinamentos de Aguiar Dias não devem cair no esquecimento. Sua produção literária ajudou na construção de todo o arcabouço doutrinário em que se funda o atual ordenamento jurídico. Ainda que alguns de seus posicionamentos possam estar superados pela atual doutrina, suas lições permitiram que os escritores desenvolvessem a magnífica produção científica que enaltece o sistema jurídico brasileiro.

¹²² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 48.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, André Gustavo C. de. A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor – o momento em que se opera a inversão e outras questões. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 20, p. 141-168, v. 5. out. / dez. 2002.
- ARAGÃO, Severiano. Avanços na doutrina e jurisprudência do dano moral. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 5, p. 100-105, v. 2. jan. / mar. 1999.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil: teoria e prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CARLOS, Helio Antunes. **A tutela jurídica do consumidor superendividado**. Trabalho para o concurso de monografias. Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. A responsabilidade do incorporador/construtor no código do consumidor. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 3, p. 84-93, v. 1. jul. / set. 1998.
- _____. A responsabilidade médico-hospitalar à luz do código do consumidor. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 5, p. 87-99, v. 2. jan. / mar. 1999.
- _____. O novo código civil e o código do consumidor. convergências ou antinomias? **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 20, p. 100-114, v. 5. out. / dez. 2002.
- _____. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- COUTO, Sergio; SLAIBI FILHO, Nagib. **Responsabilidade civil – estudos e depoimentos no centenário de nascimento de José de Aguiar Dias**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1 e 2.

_____. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

EFING, Antonio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil - teoria geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

FONTES, André. Os fatores de atribuição da responsabilidade por danos. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 5, p. 207-215, v. 2. jan. / mar. 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GARCIA, José Augusto. Tutela da informação e vocação irradiante do Código de Defesa do Consumidor. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 35, p. 232-280, v. 9. jul. / set. 2006.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Cláusulas abusivas. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 16, p. 43-51, v. 4. out. / dez. 2001.

GUSMÃO, Mônica. **Direito empresarial**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

LEITE, Eduardo Oliveira (Org.). **Grandes temas da atualidade – responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 6.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima et al. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 10. ed. São Paulo: RT, 2004.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Responsabilidade civil no código de defesa do consumidor. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 3, p. 73-83, v. 1. jul. / set. 1998.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: LTr, 2004.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3.

_____. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Tatiana Zuma; VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. Responsabilidade civil nos transportes alternativos. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, ano V, n. 27, p. 134-159, jan. / fev. 2004.

PINTO, Eduardo Viana. **Responsabilidade civil**. Rio Grande do Sul: Síntese, 2003.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 3. ed. São Paulo: Método, 2001.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SARDAS, Leticia de Faria. Aspectos da responsabilidade civil no código de defesa do consumidor. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 16, p. 52-59, v. 4. out. / dez. 2001.

SILVA, Luiz Claudio. **Responsabilidade civil: teoria e prática das ações**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Roberto de Abreu e. Responsabilidade civil constitucional. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 16, p. 60-72, v. 4. out. / dez. 2001.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SOUSA, Denise Nicoll Simões de. Dano moral nas relações de consumo à luz do direito brasileiro e do português. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 27, p. 141-167, v. 7. abr. / jun. 2004.

TEPEDINO, Gustavo et al. **Código civil interpretado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 3.

VIEIRA, Patricia Ribeiro Serra. **A responsabilidade civil objetiva no direito de danos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WIDER, Roberto. Responsabilidade civil médica – cirurgia plástica. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 20, p. 115-140, v. 5. out. / dez. 2002.